

مكتبة خادم العلم والمعرفة
احصل على أقوى المكتبات في العالم لطلبة العلم تقريبا لكل التخصصات
مكتبة خادم العلم والمعرفة

01- نوفر رسائل الاردن كاملة ب 20 دولار 3000 دج للرسالة
الواحدة على الرابط التالي:

<https://jutheses.ju.edu.jo/default2.aspx>

02- اقتني المكتبة الإلكترونية لخادم العلم والمعرفة

4000 جيجا (4) تيرا
أكثر من 90.000 بحث ورسالة علمية.
أكثر من 700.000 كتاب مقال قاموس ووثيقة علمية.
أكثر من مليون 1000.000 مخطوطة
أكثر من 60.000 مادة صوتية

كامل المكتبة ب 70.000.00 دج جزائرية مع الهريسك

بالعملة الصعبة

750 دولار

650 اورو

للاقتناء يرجى التواصل على:

رقم الهاتف: 00213771087969

البريد الإلكتروني Benaissa.inf@gmail.com

يرسل المبلغ في الحساب الجاري الخاص بي بالنسبة للجزائريين

ccp 76650 81 clé 51

KERMEZLI Benaissa

عبر شركة ويسترن يونيون للمقيمين خارج الجزائر باسم

في القانون المدني الجزائري وفي الفقه الإسلامي
(دراسة مقارنة)

II

رسالة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون الخاص

$$\begin{array}{r} 2 \\ 444 \end{array}$$

من اعداد
جبار محمد

معهد الحقوق والعلوم السياسية والإدارية - ابن عكنون
جامعة الجزائر

تحت إشراف الأستاذ
الدكتور علي علي سليمان

أعضاء اللجنة

رئيساً
مقرراً

الأستاذ الدكتور
الأستاذ الدكتور
الأستاذ الدكتور
الأستاذ الدكتور
الأستاذ الدكتور

القسم الثاني

أحكام البطالان

يشتمل هذا القسم على مايلي :

الباب الأول: تمييز البطالان عما يشابهه من الأنظمة المقاربة له .

الباب الثاني: آثار البطالان .

الباب الثالث: مدى ضرورة تدخل القضاء في تقرير البطالان .

الباب الرابع: الحيلولة دون تطبيق قواعد البطالان .

الباب الأول

تمييز البطلان عما يشابهه من الأنظمة المقارنة له

ان تحديد علاقة البطلان بغيره من الأنظمة المقارنة له يستلزم منا التعرض لأنظمة قانونية مختلفة كعدم النفاذ ، والانحلال عن طريق التقايل والفسخ ، والا نفاخ ، وبعض الأنظمة الأخرى كالشرط والأجل الفاسخين . وستطوى هذه المحاولة على أسلوب المقارنة لاستظهار مدى اختلاف البطلان عن الأنظمة المقارنة له ، وأعرض لهذه الأمور في أربعة فصول متتالية ، وأردفها أخيراً بفصل خامس أخصه للفسخ والا نفاخ في الفقه الاسلامي ، ومقارنة أحكامهما بما ورد في القانون الوضعي .

الفصل الأول

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

البطلان وعدم النفاذ (1)

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

(NULLITE ET INOPPOSABILITE)

ان علاقة البطلان بعدم النفاذ لا تتضح الا ببيان ماهية عدم النفاذ أو عدم السريان ثم ايضاح مدى اختلافه عن البطلان ، وسأبحث هذين الأمرين في بحثين متتاليين .

البحث الأول

+++++xxxxxxxxxxxxxxxx+++++

ماهية عدم النفاذ

+++++xxxxxxxxxxxxxxxx+++++

يقصد بعدم النفاذ عدم سريان آثار التصرف (2) في مواجهة الغير مع بقائه منتجا لآثاره فيما بين طرفيه (3) ، وبعبارة أخرى فان ما نلاحظه في اطار

(1) وهناك من الفقهاء من يفضل استعمال اصطلاح "عدم السريان" عوض "عدم النفاذ" .

(2) بالرغم من شأنه صحيحاً ، وذلك بتوافر جميع أركانه ، وصدور الرضا من متعاقد أهل للتصرف سليم العقل والارادة من كل ما يعدمها أو ينقص منها .

(3) الدكتور أنور سلطان / المرجع السابق ، بند 185 ، ص 174 ، والدكتور عبد المجيد الحكيم / الموجز ، المرجع السابق ، بند 489 ، ص 270 ، وبلايول

وريبير واسمان / مرجع السابق ، بند 280 ، ص 366 ، وكولان وكابيتان / المرجع السابق ، ص =

عدم النفاذ هو أن التصرف المبرم ينتج كل الآثار القانونية المقررة له فيما بين طرفيه إلا أنه لا يمكنه أن ينتج آثاره بالنسبة إلى الغير .

ولو حاولنا تاصيل مبدأ عدم النفاذ ، لوجدناه نتيجة لمبدأ نسبة أثر التصرف ، وبمحدد تدقيق هذا المبدأ في إطار العقود يوضح الدكتور حشمت أبوستيت أن " عدم النفاذ إنما يكون بالنسبة للأجنبي عن العقد ، فهذا (أى الأجنبي عن العقد) طبقاً لقاعدة نسبة أثر العقد ، لا يضار بعقد لم يشترك فيه فلا يمتنع في قليل أو كثير أن يكون العقد باطلاً أو صحيحاً فهو على فرض صحة العقد لن يؤثر في حقه شيئاً " (1) .

ولقد أخذ القانون المدني الجزائري بنظرية عدم النفاذ في مواطن متعددة ، بعضها متعلق بالتصرف الصحيح ، وبعضها متصل بالتصرف القابل للإبطال .

فبالنسبة إلى التصرف الصحيح : نجد المشرع أورد نصوصاً متفرقة نص فيها على عدم نفاذ التصرف في مواجهة الغير ومنها :

- التصرف الذي يجزئه المدين المضرراً بحق دائنيه : فقد نص فسي في المادة 191 مدني جزائري على أن لكل دائن حل دينه ^{صدر} من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه إذا كان قد تصرف بقصد الأضرار بحقوقه سواء كان ذلك التصرف يؤدي إلى نقص حقوقه أو يزيد في التزاماته .
- التصرف الصوري : فقد نص المشرع في المادة 199 مدني جزائري على أن المتعاقدين إذا أبرما عقداً حقيقياً وستراه بعقد صوري (ظاهر) ، فإن العقد الذي يكون نافذاً بينهما وبين خلفيهما العام هو العقد الحقيقي (أى الخفي أو الباطن) ، ويستفاد من ذلك أن هذا العقد (أى الحقيقي) لا يكون نافذاً في مواجهة الغير ، أى الدائنين والخلق الخاص .

.../... بند 745 ، ص 423 ، وباستيان في رسالته / محاولة لوضع نظرية عامة للمصد...

النفاذ ، باريس 1929 ، ص 3 وما بعدها .
BASTIAN, essai d'une théorie générale de l'opposabilité, Paris 1929.

(1) الدكتور أحمد حشمت أبوستيت / نظرية الالتزام في القانون المدني (المصري) الجديد، الكتاب الأول ، مصادر الالتزام ، طبعة 1954 ، بند 246 ، ص 241 . وعلى هذا المنوال أيضاً برتراند (فلورنس) / سريان العقد في مواجهة الغير ، رسالة من باريس 2 ، مطبوعة على الآلة

الكاتبة سنة 1979 ، ص 5 .
Florence BERTRAND, l'opposabilité du contrat aux tiers, thèse dactylographiée, Université Paris II, 1979.

- تصرف المريض مرض الموت بقصد التبرع يعتبر وصية أيا كانت التسمية التي تعطى له : ومن ثم فإنه لا يسرى في مواجهة الورثة فيما زاد على ثلث التركة ، وهو نفس الحكم الذي قرره المشرع في القانون رقم : 84-11 الصادر في 06/09 / 1984 ، المتضمن قانون الأسرة ، في المادة 185 التي جاء بها " تكون الوصية في حدود ثلث التركة ، وما زاد على الثلث يتوقف على اجازة الورثة " .

- ومن ذلك أيضا ما تنضي به المادة 408 / 1 مدني من أن المريض مرض الموت (1) إذا أجرى تصرفا في شكل بيع لوارث فإنه لا يكون ناجزا الا اذا أقره باقي الورثة ، ونص في المادة 189 من قانون الأسرة على أن الموصي اذا أوصى لأحد ورثته ، فان تصرفه هذا يبقى موقوفا على اجازة الورثة بحمد وفاة الموصي .

وبالنسبة الى التصرف القابل لابطال :

فقد يتم انشاء تصرف ويكون قابلا لابطال لصلحة أحد طرفيه ، ولكنه لا يسرى في مواجهة الغير ، وذلك كتصرف شخص في شيء غير مملوك له ، ان تنص المصادرة 397 مدني جزائري على أن بيع ملك الغير قابل لابطال فيما بين البائع والمشتري لصلحة المشتري وحده ، وانه لا يسرى في حق الغير ، والمقصود " بالغير " هنا المالك الحقيقي حتى لو أجاز له المشتري ان أنه باجازه لا يزيد على أن يسقط حقه في طلب الا بطلان ، ومن ثم فان تلك الاجازة الصادرة من المشتري لا تمنح من أن يكون البيع غير سار في حق المالك الحقيقي (2) .

(1) ويلاحظ أن النص الفرنسي للمادة 408 / 1 أورد شرطا أهله النص العربي هو أن " يتم البيع في فترة حدة المرض واشتداده في حين أن أحدا من فقهاء الشريعة الاسلامية التي كانت مصدرا لهذا الحكم لم يقل بهذا الشرط " ، كما أن هذا المادة تضمنت حكما مخالفا لما أجمع عليه فقهاء الشريعة الاسلامية من أن للشخص حرية التصرف بالوصية في ثلث أمواله دون أن يتوقف تصرفه في الثلث على اجازة الورثة مستندا الى ما ورد في المتن في شرح وموطأ مالك من أن الوصية تنفذ في الثلث في كل المذاهب طبقا لحديث النبي (ص) لسعد بن أبي وقاص : الثلث ، الثلث ، الثلث . وبحديث آخر " ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم فضموه ، حيث شئتم " ، يراجع الدكتور علي سليمان / المحاضرة المشار اليها ، بند 25 ، ص 32 ، وعلى هذا الرأي سار المشرع الجزائري في قانون الأسرة في المادة 185 ان جاء بها : " تكون الوصية في حدود ثلث التركة ، وما زاد على الثلث يتوقف على اجازة الورثة " .

(2) الدكتور السنجوري / الوسيط ، ج 1 ، بند 299 ، ص 534 ، وموافقه مصمما د .

الحق في الفقه الاسلامي ، ج 4 ، ص 95 ، والدكتور محمد كامل مرسي / الالتزامات ، ص 100 .

وهكذا يمكن القول : ان عدم النفاذ هو حالة قانونية مفادها اعتبار التصرف منتجا لآثاره فيما بين طرفيه فقط دون أن يكون ساريا في مواجهة الغير لملء ارتأها المشرع هادفا بها حماية الغير وذوى الحقوق الذين قد يضارون بسبب هذا التصرف كالدائن اذا تصرف مدينه المصغر في أمواله تصرفا ينطوى على قصد الاضرار به، فيكون له الحق في رفع الدعوى البولصية للتوصل الى عدم نفاذ تصرف مدينه في حققه .

وعلى الرغم من هذا الفارق الجوهرى بين البطلان وعدم السريان ، فإن هناك اتجاهات فقها حاول أن يجمع من عدم النفاذ صورة خاصة للبطلان ، ومن قبيل ذلك ما قرره الفقيه جابيو في رسالته عن البطلان ، من أن عدم النفاذ ليس الا صورة من صور البطلان ، وأنه اذا كان هناك اختلاف بين النظامين من حيث الآثار ، فإن هذا الاختلاف هو مجرد اختلاف في المدى وليس اختلافا في الطبيعة (1) .

وقد علق الدكتور الشرقاوى على نظرية جابيو بقوله : " انه لا يمكننا الاعتراض على رأى جابيو اذا ما اعتمدنا ما يقرره هذا الفقيه من تصوير خاص للبطلان من حيث كونه يوجه الى الآثار الناجمة عن التصرف وليس الى المصدر " (2) .

هذا ، وقد انطلق الاستاذ كوتيريه من نفس الفكرة التي اعتمدها جابيو فقرر أن عدم النفاذ ما هو الا صورة خاصة للبطلان ، ولا حظ بهذا الصدد " أن الفرق ما بين البطلان وعدم النفاذ ليس فرقا في الطبيعة وانما هو فرق في المدى فقطه ذلك أن كلاً منهما يؤدى الى استتعال حق النقد من طرف من قرر هذا الحق لصالحه " (3) ، وينتهي الى القول : " بان الاستمرار في التفرقة بين البطلان وعدم النفاذ لا يمكن أن يفسر الا اذا أبقينا على النظرية التي تقوم بتشبيهه

م. / 1954 هـ 1 ، ص 502 ، والدكتور عبد المجيد الحكيم / الموجز في شرح

التانون المدني العراقي ، 1969 ، الجزء الأول ، ص 270 .

(1) جابيو / رسالته ، المرجع السابق ، ص 25 وما بعدها .

(2) الدكتور الشرقاوى / رسالته في بطلان التصرف القانوني ، المرجع السابق ، ص 146 ،

وان كان الدكتور الشرقاوى أصلاً لا يساير هذا الاتجاه ، تراجع رسالته ص ص

55 - 56 ، و ص 146 .

(3) كوتيريه / رسالته في اجازة التصرفات الباطلة ، باريس 1972 ، بند 149 .

التصرف بالكائن الحي ، وهي نظرية كاد الاجماع ينعقد على هجرها " (1) .

على أن الرأي المعتمد من طرف كوتيرييه والذي سائر فيه جابيو ، لم يلق تأييد فريق آخر من الفقه الفرنسي ، فالأستاذ : ديبيري وهو بصدد تحليله للملاقة بين البطلان وعدم النفاذ يقيم تفرقة بين الموضوعات المختلفة ، ويقرر بهذا الصدد أن " عدم النفاذ في مجال التصرفات المتعلقة بالملكية المقاربية غير المشهورة لا يحتبر بطلانا ، لأنه لا يحتبر جزاء على قيام عيب فسي إرادة أحد طرفي التصرف الناقل للملكية ، على أنه في اطار التصرفات التي تخضع للدعوى البولصية فان عدم النفاذ يشبه البطلان ، ذلك أن المدين الذي يجري تصرفا بقصد الاضرار بدائنيه انما يكون قد أجرى في الحقيقة تصرفا بصفة غير قانونية " (2) .

على أننا لو حاولنا استقصاء الجدل الفقهي القائم ، فان الأمر يتطلب منا اجراء تفرقة بين وضعين مختلفين :

أولهما : اذا كان التصرف أصلا باطلا بطلانا مطلقا أو كان باطلا بطلانا نسبيا ولم تتم اجازته وصدر حكم بإبطاله ، فانه من البديهي أن التفرقة بين البطلان وعدم النفاذ ليس لها أهمية بالغة في هذا الفرع ، لأن الأمر لا يتعلق في مثل هذه الحالة بسريان التصرف ، وإنما بعدم صحته أصلا ، وبإدراك التصرف باطلا فانه لا يمكن الحديث عن مدى سريانه أو عدم سريانه فمسي مواجهة الغير ، ذلك لأن عدم صحة التصرف يؤدي الى عدم سريانه حتى في مواجهة المتصرف اليه .

ثانيهما : اذا كان التصرف صحيحا أصلا ، أو كان قابلا للإبطال وتمت اجازته ، فان التفرقة تصبح ضرورية بين " صحة التصرف " وبين " عدم نفاذه في مواجهة الغير " ، لأن البطلان ينصرف - في نظرنا - الى مرحلة انشاء التصرف ذاته ، أما عدم النفاذ - كما سنرى - فينصرف الى آثاره .

نعم ، اننا نقرر أن هذه التفرقة لا تصدق الا اذا اعتمدنا الرأي السذي يشبه التصرف بالكائن الحي ، وعلى الرغم مما وجه الى هذه النظرية من انتقادات

(1) كوتيرييه / رسالته في اجازة التصرفات الباطلة ، باريس 1972 ، بند 149 .

(2) يراجع في ذلك الدراسة التي أجراها في اطار أشغال لجنة هنري كابيتان

لعام 1962 ، نشر بالسور لعام 1965 ، ص 614 . (Travaux de

l'Association Henri Capitant, année 1962, Dalloz, 1965).

فانها صمدت وثبتت دعائها ، لأن كثيرا من التشريعات تبنتها ومن بينها
التشريع الجزائري .

وبعد هذا العرض الموجز للجدل الفقهي الذي أثير حول الملائقة
ما بين البطلان وعدم النفاذ ، وابداء رأينا في وجوب الابقاء على التفرقة
بينهما ، فاننا نرى اتحاما للموضوع أن نتناول أوجه الاختلاف بينهما فيما يلي :

المبحث الثاني

تحديد أوجه الاختلاف بين البطلان وعدم النفاذ

يمكن تلخيص أوجه الاختلاف بينهما فيما يلي :

- أولا : من حيث نطاق كل منهما :

فطبقا للتحليل السابق يتضح أنه يوجد فرق جوهري بين البطلان
وعدم النفاذ ، ذلك أن البطلان (أو عدم الصحة) وصف يلحق التصرف ذاته
من حيث أنه اذا اختل أحد أركانه أو شروط الحل أو شرط السبب
فيكون مطلقا ، واذا اختل أحد شرطي صحة الرضا (كمال الأهلية ، وخلو
الارادة من العيوب) فيكون نسبيا ، أي أنه يصاحبه منذ لحظة انشائه ،
أما عدم السريان فيلحق التصرف من الناحية الخارجية المحضة . وبناء على ذلك
يمكننا أن نقول : ان التصرف يعتبر باطلا متى كانت هناك علة قد لحقت التصرف
حين انشائه في حين أن التصرف يعتبر غير سار أو غير نافذ في حق الغير
متى كانت آثاره غير ممكنة التحقيق بالنسبة الى الغير على الرغم من أن التصرف
يعتبر صحيحا حين نشأته .

ثانيا : من حيث الأثر :

ان البطلان سواء أكان مطلقا أم كان نسبيا و صدر به حكم ، فانه يفضي
الى انعدام أثر التصرف سواء بالنسبة الى طرفيه أو بالنسبة الى الغير .
أما عدم النفاذ فانه يترتب عليه عدم سريان أثر التصرف في مواجهة الغير
فقط ، على الرغم من أن هذا التصرف يظل منتجا لكل آثاره فيما بين طرفيه .

ثالثاً : من حيث كيفية زوال كل منهما :

إذا كان التصرف الباطل بطلائعاً مطلقاً لا ينتج أي أثر ، ومن ثم لا يمكن إجازته ، فإن هذا الحكم يجمعنا في غنى عن التقريب بينه وبين عدم السريان . أما فيما ~~يترجم~~ ^{يترجم} إلى الاختلاف بين البطلان النسبي الذي تمت إجازته وبين عدم السريان فإنه يبقى قائماً أيضاً ، ذلك أن البطلان النسبي لا تصححه إلا الإجازة الصادرة من أحد طرفي التصرف ، وفي حين أن عدم النفاذ لا يصححه الطرفان ⁽¹⁾ أو أحدهما ، وإنما يضمن أن يتم إقراره من طرف الغير صاحب المصلحة في التصرف .

رابعاً : من حيث تحديد صاحب الحق في التمسك بكل منهما :

إذا كان التمسك بالبطلان المطلق حقاً لكل ذي مصلحة ، فإن التمسك بالبطلان النسبي يقتصر على من شرع هذا البطلان لحماية مصلحته . وانطلاقاً من هذه الملاحظة البديهية يمكن القول بأنه فيما يتعلق بتحديد صاحب الحق في التمسك بالبطلان وبعدم النفاذ ، فإن عدم النفاذ يقترب من البطلان المطلق بصفة عامة ، وذلك من حيث اتساع دائرة الأشخاص الذين يمكنهم التمسك به . كما يقترب من البطلان النسبي بصفة خاصة ، إذ أن عدم النفاذ - شأنه في ذلك شأن البطلان النسبي - يقتصر على الشخص الذي يستهدف القانون حمايته ويمنحه حق الطعن في التصرف ، ورغم هذا التشابه الذي يوجد بين النظامين ، فإن هناك اختلافاً جوهرياً يبقى قائماً بينهما يتلخص في أن البطلان النسبي مقرر لصالح أحد طرفي التصرف ، ففي حين أن عدم النفاذ مقصور على الغير ⁽²⁾ .

(1) في هذا المضمون الدكتور محمد كامل موسى / شرح القانون المدني ، المرجع السابق ، بند 252 ، ص 502 ، ومازو / المرجع السابق ، بند 295 ، ص 250 .

(2) مازو / المرجع السابق ، بند 295 ، ص 250 .

الفصل الثاني

البطلان والانحلال

يحسن بنا بادئ ذي بدء أن نذكر بين بطلان التصرف بنوعيه وبين انحلاله بجميع صور الانحلال . ذلك أننا نكون أمام بطلان التصرف حينما يولد غير صحيح أو ينشأ صحيحاً ولكنه مهدد بالزوال لميب لحقه حين نشأته ، أما الانحلال فيمكن قيام سببه بعدد المقود التي تهرم صحيحة ثم تحل قبل أن يتم تنفيذها ، وأحياناً قبل البدء في تنفيذها (1) .

هذا ، وانحلال التصرف قد يحصل بإرادة أحد طرفيه وقد يتم بإرادتهما معاً ، وسواء تم بالإرادة المفردة أو بإرادتهما معاً ، فإنه لا يلتبس بالبطلان ، ولذلك فالتنا نعالج هذه المسائل في ثلاثة محاث .

المبحث الأول

انتهاء التصرف بإرادة أحد المتعاقدين

(Résiliation unilatérale)

تبني المشرع الجزائري قاعدة عامة في المادة 106 مدني جزائري التي جاء بها : " العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون " وبإيراد هذه القاعدة صار في غنى عن إيراد قواعد عامة في نصوص خاصة أخرى سبق النص عليها في المشروع التمهيدى للقانون المدني المصرد في المواد : 225 ، و 226 ، و 227 التي قررت القواعد الثلاث التالية :

1 - لا يجوز الفاء العقد إلا باتفاق المتعاقدين جميعاً وذلك فيما عدا المقود التي تنتهي بموت أحد المتعاقدين .

2 - يجوز لكل من المتعاقدين أن يفرد بالفاء العقد استناداً إلى شرط فيه أو نص قانوني عليه ، مع الاحتفاظ بالتصويص عند التمسك في استمطال الحسق حالة الفاء .

(1) الدكتور محمد كامل موسي / الالتزامات ، المرجع السابق ، ج 1 ، ص 624 .

3 - ليس لالغاء العقد أثر رجعي (1).

غير أن هذه القواعد حذفها المشرع المصري واستغنى عنها بالمادة 147 من القانون المدني المصري التي تطابقها المادة 106 من التشريع المدني الجزائري . واستثناء من هذا المبدأ العام ، فإن المشرع الجزائري قد أورد نصـوصا في مواضيع متفرقة من القانون المدني منح بمقتضاها لأحد طرفي التصرف الحق في الغاء التصرف والتحلل منه (2) ، وهو في هذا الاتجاه لم يكن فريدا فقد سبقه الى ذلك القانون المدني المصري الذي أجاز للممير في أحوال معينة أن يطلب انتهاء المارية قبل انقضاء أجلها (3) ، و للوكيل أن ينهي الوكالة في أى وقت أراد (4) ، وقد أخذ القانون المدني الجزائري بنفس الحكم في مواضيع متعددة ، فمن ذلك نص المادة 587 المتعلق بالوكالة التي تقضي بأن الوكالة يمكن أن تنتهي في أى وقت بإرادة الموكل ولو وجد اتفاق بينه وبين الوكيل يخالف ذلك ، كما أن المادة 588 تمنح للوكيل الحق في التنازل عن الوكالة دون تقييد بزمان معين بشرط أن يقوم بإعلان الموكل حتى لو وجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك .

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، الجزء الثاني ، ص ص 331 - 332 .

(2) والحقيقة أن تقرير مبدأ امكانية انهاء العقد بإرادة المفردة إنما يعتبر استثناء على القاعدة التي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق طرفيه .

(3) وقد نصت على ذلك المادة 644 مدني مصرى بقولها :
 " يجوز للممير أن يطلب في أى وقت انتهاء المارية ، في الأحوال الآتية :
 - إذا عرضت له حاجة عاجلة للشئ لم تكن متوقعة .
 - إذا أساء المستمير استعمال الشئ أو قصر في الاحتياط الواجب للمحافظة عليه .

ج - إذا أساء المستمير بعد انعقاد المارية أو كان مضرا قبل ذلك دون علم من الممير . وقد جاء المشرع الجزائري بنفس الحكم في المادة 547 مدني جزائري .

(4) وقد ورد النص على هذا الحكم في المادة 715/1 مدني مصرى إذ جاء بها " يجوز للموكل في أى وقت أن ينهي الوكالة أو يقيد بها ولو وجد اتفاق يخالف ذلك . فإذا كانت الوكالة بأجر فإن الموكل يكون ملزما بتمويض الوكيل عن الضرر الذي لحقه من جراء عزله في وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول " وجاء بفقرتها الثانية " على أنه إذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبي فلا يجوز للموكل أن ينهي الوكالة أو يقيد بها دون رضا من صدرت الوكالة لصالحه " .

وقد أخذ المشرع الجزائري أيضا بهذا الحكم فيما يتعلق بالوديعة إذ نجد المادة 594 مدني تجيز للمودع لديه أن يلزم المودع بتسليم⁽¹⁾ الشيء في أي وقت إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع ، كما أوجبت على المودع لديه أن يسلم الشيء إلى المودع بمجرد طلبه إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع لديه .

والواقع هو أن المشرع الجزائري إذا كان قد أورد تطبيقات لانتهاء العقد باعتباره أحد نوعي التصرف القانوني بالإرادة المنفردة أسوة بغيره ، فأنشأ لا نرى مانعا من مدق هذا الحكم إلى كل التصرفات القانونية التي تقع آثارها القانونية بمجرد صدورهما عن صاحبها كالوعد بجائزة ، حيث خول المشرع للمواعد الرجوع في وعده حتى لو لم يمين أجلا لانجاز العمل ، وإن كان قيد ذلك بعدم تأثير رجوع الواعد على حقوق من قام بالعمل قبل الرجوع في وعده (المادة 115/2 مدني) كما أن المشرع الجزائري أجاز للوصي الرجوع عن وصيته في المادة 192 من قانون الأسرة الصادر بقانون رقم : 84 - 11 في : 09/06/1984 سوا كان الرجوع صراحة أو ضمنا ، وأجاز أيضا في المادة 211 من نفس القانون الرجوع في الهبة إذا كان الواهب أحد الأبوين ماعدا إذا كان المال الموهوب مسن أجلا زواج الموهوب له ، أو لضمان دين أو قضاة ، أو أجرى الموهوب له تصرفا في الشيء الموهوب سواء كان تصرفا قانونيا أو ماديا بحيث أدى الشيء تغيير طبيعته .

ومن خلال هذه الأمثلة التي لم نورد هنا على سبيل الحصر يمكننا أن نقدر أن الحق في إلغاء التصرف أو في انشاءه قد يكون لكلا الطرفين ، وقد يعطى هذا الحق لأحد طرفيه فقط دون الآخر ، كما هو واضح في النسخ الخاص بالوعد بجائزة (المادة 115/2 مدني جزائري) ورجوع أحد الوالدين في الهبة لأبنائه مهما مضى عليها من الزمن مادام الشيء الموهوب قائما ودون أن تتغير طبيعته (المادة 211 من قانون الأسرة) .

والإنهاء كما يلحق التصرفات الملزمة للجانبين ، فإنه يلحق التصرفات الملزمة لجانب واحد وإن كان مجال تطبيقه يتحدد بالتصرفات ذات الاداءات المستمرة .

(1) ورد في النص العربي " بتسليم الشيء " وهو خطأ مادي ، والصحيح " تسليم الشيء " ، كما جاء في الميافة الفرنسية " recevoir " .

(2) لانور / المراجع السابق ، ص 136 .

وطرق انتهاء التصرف قد تكون ارادية وقد تحصل نتيجة تدخل قوة قاهرة ، كما أنها قد تكون قضائية .

فالانتهاء الارادي هو الانتهاء الذي يتم بإرادة أطراف التصرف جميعا أو بإرادة أحدهم فقط ، فإذا حصل الانتهاء بالاتفاق بين جميع أطراف التصرف فإننا نكون حينئذ بصدد ما يسمى " بالانتهاء الاتفاقي MUTUS DISSENSUS " أو التنازل (1) .

أما الانتهاء الذي يتم من جانب واحد فهو الذي يتم بإرادة أحد الأطراف ويظهر ذلك في عقد الإيجار إذ نجد المشرع أعطى ورثة المستأجر الحق في إنهاء الإيجار في بعض الحالات المنصوص عليها في المادة 510/2 مدني جزائري (2) ، وكذلك الأمر بالنسبة إلى عقد التأمين إذ يجوز إنهاؤه بالإرادة المنفردة في بعض الحالات ، ومن قبيل ذلك ما نصت عليه المادة 681 مدني جزائري من أنه : " يجوز للمؤمن له الذي التزم بدفع أقساط دورية أن يتحلىل في أي وقت من العقد بإخطار كتابي يرسله إلى المؤمن قبل انتهاء الفترة الجارية ... " ، وما قرره المشرع أيضا بصدد الوعد بجائزة المشار إليه إذ أنه سمح للواعد أن يحدد مهلة لانجاز العمل ، فإن لم يتم تعديدها من طرفه فإن حقه في المدول حسن الوعد يبقى قائما شريطة ألا يكون هذا المدول - كما أوضحنا - من شأنه المساس بحقوق الغير الذين أنجزوا العمل محل الوعد بجائزة (المادة 115 مدني) .

وأما الانتهاء الإلزامي فيتقرر في حالة ما إذا اختل أحد الأركان الأساسية المطلوبة لتكوين التصرف ، أو أصبح التنفيذ متعذرا إذا تعلق الأمر بتصرف مستمر ، فمثلا وفاة أحد طرفي التصرف قد يكون سببا لانتهاء العقد متى كان العقد المبرم قائما على الاعتبار الشخصي ، ومن قبيل ذلك أيضا عقد العمل الذي ينتهي بوفاة العامل (3) ، وعقد المعاولة الذي ينتهي بوفاة الما قول (المصادرة

(1) يراجع ما سيأتي ص 312 من هذه الرسالة .

(2) ويلاحظ على النص العربي في المادة 510/2 أنه عبر عن الانتهاء بالفسخ ، وهو خطأ ، في حين أن النسخة الفرنسية عبرت " بالانتهاء " la résiliation .

(3) المادة 92 (فقرة رقم 6) من القانون الأساسي العام للعامل الصادر بالقانون رقم : 78-12 مؤرخ في : 05/08/1978 والمنشور في الجريدة الرسمية عدد 32 الصادر في 08/08/1978 والمادة 62 فقرة رقم (8) من القانون رقم : 82-06 المؤرخ في : 27/02/1982 والمنشور في الجريدة الرسمية عدد 9 ، صاد رسمي : 02/03/82 .

569 مدني جزائري) كما أن هلاك محل العقد يمكن أن يؤدي إلى انهاء
وذلك في حالة هلاك محل الايجار لأن هلاكه يؤدي حتما إلى انهاء عقد الايجار.
في حين أن الانهاء القضائي يتحقق حينما يرد على تصرفات ملزمة للجانبين ،
وذلك أدات مستمرة كالايجار بحيث ينصرف أثر الانهاء إلى المستقبل دون أن
يكون له أثر رجعي (1).

المبحث الثاني

Résiliation amiable ou conventionnelle (Mutus dissensus)

انتهاء التصرف بإرادة طرفيه (التنازل)

إذا كان انتهاء التصرف بإرادة مفردة يعتبر بمثابة استثناء ، لأن القاعدة
العامة تقتضي بأن انتهاء التصرف لا يقع إلا بإرادة طرفيه معاً أي باتفاقهما
وهو ما يصرف قانوناً " بالتنازل " وقد أورد المشرع في المادة 106 مدني
جزائري قاعدة مؤداها أن " العقد هزيمة المتعاقدين " و تطلب لنقضه أو تعديله
ضرورة اتفاق طرفيه على ذلك .

ويثار تساؤل - بهذا الصدد - عن الطبيعة القانونية للتنازل أو الاقالة؟
وما لا شك فيه ، أن الاقالة تتحقق في حالة ما إذا باع شخص خزانة كتب وسلمها إلى
المشتري ، ثم حصل اتفاق جديد بينهما على الاقالة ، وقام المشتري برد خزانة
الكتب إلى البائع ، ورد البائع العن إلى المشتري ، فهل يعتبر هذا المصل فسخاً
للعقد الأول أو عقداً جديداً باع به المشتري خزانة كتب إلى البائع ؟

للجواب على هذا التساؤل ، وجدت آراء ثلاثة : أولها يعتبر الاقالة عقداً

- (1) هذا إذا رفضنا الرأي الفني القائل بأن الفسخ يمكن أن يسرى بأثر رجعي حتى
على العقود ذات الأدات المستمرة (يراجع ما سيأتي ص 321 من هذه الرسالة).
ومن بين الحالات التي تثار في هذا المجال في الفقه الفرنسي هي حالة ما إذا أصبح
تنفيذ الالتزام مرهقاً بالنسبة لأحد الطرفين ، فأمام رفض القضاء الفرنسي تطبيق
نظرية الظروف الطارئة فإن المشرع أحياناً أعطى للقضاء الحق في مراجعة العقد
أو في انهاءه ، وبذلك يبقى الأمر داخلاً في نطاق الانهاء القضائي ، ومن
قبل ذلك أيضاً ما نص عليه قانون نايبو (Loi Failliot) الصادر في 21 جانفي
1914 المتعلق بالعقود المبرمة قبل حرب 1914 وكذلك بعض الإجراءات القانونية
الخاصة التي اتخذت بعد حرب 1939 ، يراجع في تحليل هذا الرأي الأستاذ :
لأنور / المراجع السابق ، ص 138 .

جديداً يتفق بمقتضاه الطرفان على حل ما سبق الاتفاق عليه (1) ، ويسرى ثانیها أن التقايل فسخ اتفاقي ، ويذهب رأي ثالث إلى اعتبار التقايل فسخاً فيما بين المتعاقدين وعقداً جديداً بالنسبة إلى الغير (2) .

وتأسيساً على الرأي القائل بأن التقايل عقد ، فإنه يلزم أن يتوافر فيه إيجاب وقبول صريحان أو ضمنيان كما هو الأمر في العقد الأصلي (3) .

والأصل أن أثر التقايل لا يسرى إلا بالنسبة إلى المستقبل (4) ، أي انتهاء سريان مفعول العقد الأول بالنسبة إلى المستقبل فقط ، ويظهر ذلك خاصة في نطاق العقود ذات الأداءات المستمرة ، كما هو الأمر بالنسبة إلى عقد الإيجار فإن انتهاء الطريق الاتفاقي يؤدي إلى وقف الأداءات مستقبلاً ، أما ما تم تنفيذه فلا يمكن الرجوع فيه . على أن هذا التساؤل قد أثير بحدود البحث في العقود الفورية ، فلو تعلق الأمر مثلاً بعقد بيع تم تنفيذه ، فإن اللجوء إلى التقايل قد يمس إلى حد ما الملتزم ، ويظهر ذلك في حالة ما إذا قرر الطرفان إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل إبرام العقد ، بأن قام كل منهما باسترداد ما تلقاه من الآخر فهل يمكن القول بأن للتقايل في هذه الحالة أثراً رجبياً ؟

يذهب فريق من الفقه الفرنسي (5) إلى أن انتهاء العقد في هذه الحالة لا يكون ذا أثر رجمي بل يمكن تفسير ذلك كالتالي : إن المتعاقدين لن يقرروا بموجب عقد ثان - مقابل للأول - محو العقد الأول ، لأن ذلك لا يدخل في نطاق سلطتهم ، بل اتفقا على أن يعيد كل منهما إلى الآخر ما حصل عليه ، فالبياع يعيد الثمن إلى المشتري ، مقابل إعادة المشتري الشيء المبيع إليه ، ويرتب على ذلك نتائج عملية تختلف كلية عن تلك التي يؤدي إليها مبدأ الرجعية ، فهو يبرر أن هذا التحليل وحده هو الذي يسمح بحماية الغير . وتطبيقاً لذلك ، فلو قسم المشتري عقار بترتيب حق رهن عليه لصالح الغير ، وتم اتفاق الطرفين على

(1) فيل وتيرى / المرجع السابق ، بند 353 ، ص 479 .

(2) الدكتور عبد المجيد الحكيم / الموجز ، المرجع السابق ، ص 446 - 447 .

(3) الدكتور السنهوري / الوسيط ، ج 1 ، المرجع السابق ، بند 459 ، ص 777 .

والدكتور أنور سليمان / المرجع السابق ، بند 2 ، ص 267 .

(4) الدكتور السنهوري / الوسيط ، ج 1 ، المرجع السابق ، بند 459 ، ص 778 .

(5) مازو / المرجع السابق ، بند 724 ، ص 715 ، وفيل وتيرى / المرجع السابق ، بند 338 ، ص 379 .

انتهاء البيع اللاحق لإنشاء حق الرهن ، فإن هذا الاتفاق لا يمس حقوق الدائن المرتهن ولكن بشرط أن يكون الرهن قد تمّ قيده قبل التقايل . ويقابل هذا الاتجاه ، اتجاه آخر في الفقه العربي يرى أن التقايل ليس له أثر رجعي إلا إذا تراضى المتعاقدان على ذلك ، غير أنه من حيث النتائج العملية يلتقي مع الرأي الأول إذ يشترط عدم مساس التقايل بحقوق الغير⁽¹⁾ . وأرى أن قواعد المدالة تقتضي ألا يكون للتقايل أثر رجعي ، فإذا اتفق الطرفان على عكس ذلك تمين تقييد هذا الاتفاق بمراعاة حقوق الغير .

المبحث الثالث +++++

اختلاف البطلان عن الانهاء وعن التقايل +++++

بعد توضيح ماهية انحلال التصرف بإرادة أحد الطرفين أو بإرادتي طرفيه (التقايل) ، نتمضى لنقاط اختلاف كل منهما عن البطلان .

أولاً : اختلاف البطلان عن انتهاء التصرف بالإرادة المنفردة :

يمكن تلخيص أوجه الاختلاف بين البطلان والانتهاء بالإرادة المنفردة في النقاط التالية :

(1) الأصل أنه ليس لإنهاء التصرف سواء أكان ذلك بإرادة أحد الطرفين أم نتيجة قوة قاهرة أم بحكم قضائي متى كان مستمراً أثر رجعي⁽²⁾ ، وذلك كأنهاء زب العمل لعقد المأولة إذ ينصب أثره على المستقبل فقط ، وعلى عكس ما عليه الأمر بالنسبة إلى البطلان النسبي الذي صدر حكم به فإنه يكون دائماً أثر رجعي .

(2) يسرى البطلان بنوعيه : المطلق⁽³⁾ والنسبي⁽⁴⁾ على التصرفات التي لم

(1) الدكتور السنهوري / الوسيط ج 1 ، المرجع السابق ، بند 459 ، ص 778 .

(2) الدكتور السنهوري / مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ج 4 ، المرجع السابق ، ص 92 ، و مسازو / المرجع السابق ، بند 724 ، ص 715 ، ولأنور / المرجع السابق ، ص 138 .

(3) فالبطلان المطلق يتقرر كجزء على عدم استجماع التصرف لأركانها أو شروط المحلل أو شرط السبب .

(4) والبطلان النسبي يتقرر في حالة تخلف شرطي الصحة أو أحدهما (كمال الأهلية ، وخلو إرادة الأطراف من عيوب الرضا) .

تستجمع أركان قيامها أو شروط صحتها⁽¹⁾، أما الإنهاء فهو يقع على تصرف مستوف لكل أركانه ولشروط صحته⁽²⁾.

ثانيا : اختلاف البطلان عن التقايل أي الفناء التصرف بإرادتي طرفيه :

تتجلى الاختلافات بينهما في النقاط التالية :

(1) ان انحلال التصرف بإرادتي الطرفين ، وهو ما يعرف بالتقايل ، يستلزم تظاهر إرادتي طرفيه على التقايل - كما سبق - وأما البطلان بنوعيه فلا يستلزم ذلك .

(2) ان التقايل باعتباره اتفاقا على الفناء تصرف يقضي الى إعفاء كل طرف من التزاماته دون حاجة الى استصدار حكم قضائي بذلك ، أما البطلان فيختلف الحكم بصدده ، فان كان نسبيا استوجب الأمر صدور حكم قضائي لتقريره ، أما البطلان المطلق فالأصل فيه أنه لا حاجة لرفع دعوى بشأنه طالما أنه لم يحصل نزاع بصدده ، فغير أنه من الناحية العملية غالبا ما يحصل نزاع بشأنه ، وحينئذ فان صاحب الصلحة يكون مضطرا الى استصدار حكم قضائي لحسم ما يحدث بينهما من نزاع .

(3) الأصل ألا يكون للتقايل أثر رجعي ، وذلك على عكس البطلان النسبي الذي ينصرف أثره الى الماضي متى صدر الحكم به .

(1) الدكتور أنور سلطان / المرجع السابق ، بند 185 ، ص 174 .

(2) لا نور / المرجع السابق ، ص 139 .

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

XX

نتناول هذا الفصل بالتحليل في ثلاثة مباحث **متعرض** في بحث أول للفسيخ ،
و**مخصص** بحثا **ثانيا** للانفساخ ، ونتولى تبیان أوجه الاختلاف بين البطالان
وبين الفسخ والانفساخ في بحث ثالث .

+++++

+

(la résolution)

يقصد بالفسخ انحلال الرابطة العقدية لعدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه (المادة 119 مدني جزائري).

هذا ، وفكرة الفسخ التي لا تطبق الا بصدد المقود ، قد نشأت في أحضان القانون الكنسي على أساس احترام الوعد المقطوع ، وعنه أخذ القانون الفرنسي القديم ، ومنه انتقل الى القانون الحديث خاصة بعد أن استقرت نظرية السبب ووضحت فكرة تقابل الالتزامات في المقود التبادلية ⁽¹⁾ ، وقد اختلف في تأسيسها فقهاء وقضاة على أن جمهور الفقهاء والقضاء يميلون الى تأسيسها على نظرية السبب ⁽²⁾ بينما يعض الفقهاء يؤسسها على فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة في التصرفات الملزمة للجانبين ، إذ أن طبيعتها تستلزم أن يكون التزام أحد المتعاقدين مرتبطاً

(1) أما القانون الروماني فلم يعرف فكرة الفسخ في العقود الملزمة للجانبين بحسب الأصل إذ أنه في حالة عدم تنفيذ الدين لالتزاماته فإنه كان يقرر للدائن الحق في أن يسترقه أو يقتله حتى لو كان عاجزا . وتخفيفا لهذه السلطة جرى في التطبيق العمل على إدراج شرط فاسخ " *lex commissoria* " باعتبر العقد مفسوخا بقسوة القانون إذا لم يتم التنفيذ ثم تحول هذا الشرط الصريح الى شرط ضمني في القانون الفرنسي القديم مع مراعاة الفارق الهام التمييزي المتمثل في أن الفسخ في القانون الروماني كان يتم بقوة القانون ، أما في القانون الفرنسي القديم ^{أصبح} خاضعا لرقابة القضاء . يراجع : لا نور / المجمع السابق ، ص 131 ، والإستاذ مصطفى الزرقاء / نظرية الالتزامات العامة في الفقه الاسلامي ، ج 3 ، ص 55 وما بعدها .

(2) الدكتور أنور سلطان / المرجع السابق، بند 306، ص 268.

بالتزام المتعاقد الآخر، فإذا لم يتم أحدهما بتنفيذ التزامه جاز للآخر أن يتحلل من التزامه نهائياً⁽¹⁾، وفي حين أن فريقاً ثالثاً يمتد بفكرة المدالة، ومقتضاها أن المدالة تقتضي أن يسمح للطرف الذي لم يحصل على الحق المقرر له بمقتضى التصرف أن يتحلل مما التزم به من جراء هذا التصرف⁽²⁾، ولكي نكون بصدده الفسخ استقر الفقه على ضرورة توافر ثلاثة شروط فيه تلخص فيما يلي :

(1) أن يكون التصرف ملزماً للجانبين .

(2) أن يكون أحد المتعاقدين قد أخل بتنفيذ التزامه بمحض إرادته بينما طالب الفسخ يكون قد قام بتنفيذ التزامه أو أظهر استعداده لذلك .

(3) أن يكون من الممكن إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل إبرام التصرف . والفسخ نوعان : قضائي وائتفاقي، وستحلل كلا منهما في مطلب مستقل .

المطلب الأول

الفسخ القضائي (la résolution judiciaire)

الفسخ القضائي هو الجزاء المترتب على إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته العقدية في المقدم الملزم للجانبين بموجب حكم قضائي . وفي هذا الصنف تنص المادة 119/1 مدني جزائري على أنه "في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين أن يطالب بفسخ العقد أو فسخه مع التصويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك" . وجاء بفقرتها الثانية " ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً حسب الظروف، كما يجوز أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات" .

ويستفاد من هذه المادة أن الشروط المتدالية لتوقيع الفسخ القضائي هي التالية:

أولاً : أن يكون العقد من العقود الملزمة للجانبين :

إن نظرية الفسخ مرتبطة بنظرية السبب بمعناه التقليدي في العقود الملزمة للجانبين لأن التزامات الأطراف مرتبطة فيما بينها ارتباطاً لا يتصور معه قيام أحدهما

(1) الدكتور المنهوري / الوسيط، ج 1، المرجع السابق، بند 463، ص 785 .

(2) الدكتور سميان مرقس / شرح القانون المدني، ج 2، المرجع السابق، بند 307،

ص 272. وفي هذا الصنف أيضاً ربيع / القاعنة للخليفة، رقم 76 وما جده .

دون قيام الالتزام المتبادل بحيث اذا لم ينفذ أحد الطرفين التزامه جاز للطرف الآخر أن يطالب التحلل من التزامه . وبهذا المعنى فالفسخ على كفاية العقود الملزمة للجانبين حتى لو كانت عقوداً احتمالية كمقد القسم وعقد إيراد مرتب لدى الحياة (2) طبقاً للمادة 618 مدني جزائري .

(1) ورغم عدم وجود نص في القانون المدني الفرنسي يمنع من فسخ عقد القسمة في حالة عدم قيام أحد أطراف العقد بتنفيذ التزاماته كدفع مقابل نقدي للجزء الذي تلقاه ، زيادة على باقي المتقاسمين فان الفقه والقضاء الراجحين يرفضان فكرة فسخ القسمة ما لم يوجد شرط فاسخ يقضي بذلك . ويؤسس الفقه ذلك على أمرين أولهما : ندارى ، ومقتضاه أن القسمة تلعب دوراً كاشفاً (المادة 883 من القانون المدني الفرنسي) وليس منشأً ، فكل وارث لا يعتبر خلفاً لبقية الورثة وإنما يعتبر خلفاً لمورثه إذ أنه تلقى حصته مباشرة من المورث ، ولذلك فإنه لا يمكن أن تسحب منه الأموال التي تدخل في تكوين حصته بدعوى أنه لم ينفذ التزامه في مواجهة بقية الورثة الآخرين ، ولذلك فقد اعترض على الفسخ بأن الأثر الكاشف للقسمة يقتضي وجود واقعة تحركه ، وهذه الواقعة مرتبطة ببعض الشروط التي يؤدي عدم احترامها الزوال كل شيء ، ثانيهما : فهو على ذلك أن القسمة تمس مصالح متعددة وخاصة مصالح عائلته ، والفسخ يترتب عليه خلق نوع من الاضطراب داخل هذه المصالح ، يراجع : فيل وتيرى المرجع السابق ، بند 484 ، ص ص 539 - 540 .

أما بعض الفقه المصري فيحذرك الأمر للقاضي ، الذي يكون من حقه أن يطلب المصلحة الراجحة فيقضي - بناءً على ذلك - بالفسخ أو برفضه ، وذلك تطبيقاً للقواعد العامة في القسمة (يراجع : السنهوري / الوسيط ، ج 1 ، بند 463 ص 790) التي تجعل الفسخ اختيارياً بالنسبة إلى القاضي .

(2) الدكتور أنور سلطان / المرجع السابق ، بند 356 ، ص 413 حيث يشير إلى أن الفسخ يرد على جميع العقود حتى ما كان منها ذات صفة احتمالية كمقد ترتيب الإيراد لدى الحياة .

وعلى خلاف هذا الرأي فإن الفقه الفرنسي يستثني عقد إيراد مرتب لدى الحياة المنصوص عليه في المادة 1978 مدني فرنسي من العقود الملزمة للجانبين التي تخضع للفسخ نظراً للصفة الاحتمالية التي تعود هذا العقد (لأنور / المرجع السابق ، ص 131) .

وينتقد الفقه الفرنسي هذا الحكم معللاً رأيه بأن السبب الذي دفع واضعي تقيين نابليون إلى اعتماد هذا الحكم والمتمثل في إضفاء صفة الاحتمال على العقود التي لا يمكن فيها تحديد عمر الإنسان على وجه الدقة هو أساس غير دقيق ، ولذلك فإنه يتخلى الشئ هذا النص ، ويساند لجأ إليه القضاء الفرنسي من تحديد نطاق أعمال هذا النص وإعطائه طابعاً استثنائياً (Civ. 1ère 417 D. 1960 ، 08 / 02 / 1960) واعتباره غير آمر (Civ. 2 D. 1856 ; D.P. 1856.1.443 ; 24/06/ 1913 ; D.P. 1917.1.38)

ثانيا : ألا يقوم أحد الطرفين بتنفيذ التزاماته :

وحتى تكون بصدد فسخ قضائي لا بد أن يكون أحد المتعاقدين لـم ينفذ التزامه نتيجة غطئه لا بقوة قاهرة لا يد له فيها ، ولا كنا بصدد الانسحاب لا بصدد الفسخ ، يستوى في ذلك أن يكون عدم التنفيذ كلياً أو جزئياً . وذلك استناداً الى عموم النص اذ أن عبارة " اذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه " المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 119 مدني جزائري لا تقطع بضرورة اشتراط عدم التنفيذ الكلي . غير أنه في حالة عدم التنفيذ الجزئي تكون للقاضي سلطة تقديرية ، فإذا ما تبين له أن ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة الى كل الالتزامات جاز له أن يرفض الحكم بالفسخ (المادة 119/2 مدني جزائري) . على أن حق طالب الفسخ مشروط بضرورة تنفيذه ما التزم به فعلاً أو بإظهاره استعداده لذلك لأن حـق الفسخ ممنوح فقط لمن انتفى وجود تصير في جانبه .

ثالثا : ضرورة صدور حكم قضائي بالفسخ :

يجب على المتعاقد الذي يرغب في أن يتحلل من التزاماته أن يستصدر

.../... فأما صفة الاستثناء فتظهر في أن القضاء وفرض مدحكم هذا النص الى "عقداء جملار الفداء" (contrat de bail à nourriture) وهو عقد بحققتاه يلتزم شخص بأن يترك لأخر جزءاً من أمواله أو كلها ، ومقابل ذلك يلتزم الشخص الذي حصل التنازل لصالحه بأن يأوى ويقدم الفداء اللازم الى المتنازل حتى وفاته ، اذ نجد القضاء قرر أن هذا العقد خاضع لبدأ الفسخ ، وأن المدين يكون ملزماً بإعادة ما تلقاه الى المتنازل كما أنه يعفى من ايواء وتقديم لوازم الميش (الفداء) للدائن (Civ. 27 Novembre 1950, Gazette du Palais, 1951.1.132; Bull. civ. 1950 . I, N° 237).

وفضلاً عن ذلك فإن نص المادة 1978 غير آمر ، ذلك أن الأطراف المتعاقدة غالباً ما تستبعد من بنود التعاقد ، وفي غالب الأحيان يلجأ محرر عقود الايراد الى وضع فقرة متعلقة بالشرط الفاسخ يتحقق حكمها بعدم دفع الاقساط . (وفي تحليل ذلك يراجع : قيل وتيري / الالتزامات ، طبعة ثانية 1975 ، ص 538 ، رقم : 484 ، وبهامش (4) ص 538) .

واما في مصر فقد كان التقنين المدني القديم ينص صراحة على أن عقود الايراد لمدى الحياة لا يرد عليه الفسخ (المادة 480 ، 588) وذلك تأثراً منه بالتقنين المدني الفرنسي . غير أنه ازاء استناد الفقه لهذا الحكم الشريب ، عدل المشرع المصري في تقنين 1949 عن اتباع هذا الحكم وترك هذا العقد خاضعاً للقواعد العامة في الفسخ (يراجع الدكتور السهوري / الوسيط ، ج 1 ، بند 468 ، ص 789-790) .

حكماً قضائياً بالفسخ ، واذن فالفسخ القضائي اختياري ، فهو اختياري بالنسبة الى الطرف المطالب به لأن له الحق في أن يطالب بتنفيذ العقد إن كان ممكناً أو يفسخه مع التمييز (المادة 119/1 مدني جزائري) بشرط أن يكون من الممكن إعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل التعاقد لأن للفسخ أثراً رجعياً . كما أنه اختياري بالنسبة الى القاضي ، فله أن يمتنع عن الحكم بالفسخ اذا تبين له أن شروط الفسخ غير مستوفية بل حتى مع استيفائها فله أن يمنح المدين مهلة قضائية يقوم خلالها بتنفيذ التزامه (المادة 119/2 مدني جزائري) بشرط أن يكون الالتزام مازال ممكن التنفيذ ، فاذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه خلال المدة الممنوحة لسه قضاء ، صار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه بانتهاء الأجل الممنوح له .

واذا أصدر القاضي حكمه بفسخ العقد كان حكمه منشأ للفسخ ، إذ أن الفسخ لا يتقرر الا في الوقت الذي يصدر فيه القاضي حكمه (1) . وحينئذ يثار التساؤل التالي : ما هو الأثر المترتب على الفسخ ؟

اجابة على هذا السؤال نصت المادة 122 على أنه : " اذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فان استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتمييز " .

ولتحليل هذه المادة ، أرى ضرورة التفرقة بين آثار الفسخ بالنسبة الى المتعاقدين من جهة ، وبالنسبة الى الغير من جهة أخرى .

أولاً : أثر الفسخ فيما بين المتعاقدين :

يؤدي الفسخ الى اعتبار العقد كأن لم يكن ، أي زواله بأثر رجعي ، ومن ثم يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ، فيلزم كل منهما برد ما حصل عليه ان كان لذلك محل (2) فان كان عينا يردّها وثمراتها ، وان كان ثمناً يردّه . واذ افسخ العقد ، فإنه يؤدي - بحسب الأصل - الى زوال آثاره في الماضي ، واذ كان العقد يتضمن بعض الشروط فتبقى قائمة ، وذلك كالشرط الجزائي الذي يدبج في العقد للحيلولة دون الاخلال بالتنفيذ إذ أن

(1) لا نور / المرجع السابق ، ص 135 .

(2) غارتي ورينو / المرجع السابق ، بند 303 ، ص 267 ، ولا نيول وريبير واسمان / المرجع السابق ، بند 433 ، ص 583 .

تطبيقه مشروط بزوال العقد (1).

وإذا كان الأثر الرجعي بالنسبة إلى العقود الفورية ممكناً عادة ، فإن الأمر يختلف بالنسبة إلى العقود المستمرة ، ففي عقد الإيجار مثلاً يستحيل إزالة آثاره بأثر رجعي لأنه يتمتد زواله ما تم تنفيذه ، فالمستأجر قد انتفع بالعين المؤجرة ، ويترتب على ذلك - في رأي الفقه العربي - أن المدة التي انقضت من عقد الإيجار قبل فسخه تبقى محفوظة بآثارها ، ويعتبر العقد مفسوخاً من وقت الحكم النهائي بفسخه لا قبل ذلك " فتكون الأجرة المستحقة عن المدة السابقة للفسخ لها صفة الأجرة لا التمويض " (2) ، ويضمنها امتياز المؤجر ، والسبب في ذلك أن عنصر الزمن يعتبر ركناً في عقود المدة ، أي أن العقد لا يوجد إلا مقترناً بأجل ، ولذلك فإن القاضي حينما يقرر الفسخ في حالة عدم وفاة أحد المتعاقدين بالتزامه فإنه يعمل على تمجيل الأجل المنهني ، وبذلك فإنهم يرون أن عقود المدة لا يرد عليها الفسخ وإنما تخضع لانتهاء (3) وعلى العكس من هذا الرأي فإنه يلاحظ - في هذا الصدد - أن بعض الفقهاء الفرنسي يرى أن هناك اتجاهات يستهدف تطبيق الفسخ بأثر رجعي حتى بالنسبة إلى العقود الزمنية على الرغم من أن بعض آثارها تكون قد نفذت وأصبح من المستحيل إزالتها إلا أنه لا يمكن إخضاعها للعقد الذي تم فسخه ، ويضرب لذلك مثلاً بحالة فسخ عقد الإيجار ، إذ يستحق المؤجر تمويضاً بدفعه المستأجر عن المدة التي شغل فيها العين المؤجرة دون اشتراط مساواتها لقيمة الإيجار المتفق عليه (4).

(1) كولان وكابيتان / المرجع السابق ، بند 1029 ، ص 574 .

(2) الدكتور السهوري / الوسيط ، ج 1 ، المرجع السابق ، بند 478 ، ص 806 .

(3) الدكتور أنور سلطان / النظرية العامة للالتزام ، ج 1 ، طبعة 1966 ، بند 353 ، ص 397 .

(4) مارتى ورينو / المرجع السابق ، بند 303 ، ص 267 ، وكولان وكابيتان / المرجع السابق ، بند 1030 ، ص 574 . وفي هذا المعنى يرى مازو أن فسخ عقد الإيجار المبرم لمدة تسع سنوات بسبب عدم تنفيذ المستأجر لالتزامه بدفع الأجرة خلال الأربع سنوات الأخيرة يؤدي إلى فسخ العقد وانقضاء الالتزامات الناجمة عنه ، واعتبار العقد كأنه أبرم لمدة خمس سنوات فقط . أما عن الأربع سنوات التي شغل فيها المستأجر العين المؤجرة ، فإن المؤجر يحصل على تمويض يكون غالباً مساوياً لقيمة الأجرة المستحقة . المرجع السابق ، بند 1103 ، ص 970 .
هذا ، ويستحق القاضي عند تحديد التمويض بالأجرة المعينة من طرف المتعاقدين في عقد الإيجار الذي حكم بفسخه .

ثانيا : أثر الفسخ بالنسبة الى الغير :

لا يترتب على الفسخ محو آثار المقد فيما بين المتعاقدين فقط ، بل يشمل الغير أيضا . ففي عقد البيع مثلا يعتبر المشتري - بناء على الأثر الرجعي للفسخ - كأن لم يكن ما لكأ أبدا للبيع ، ولذلك يعود البيع الى البائع خاليا من الحقوق التي رتبها المشتري عليه لأنه لا يستطيع أن يعطى الغير ما لا يملك ، وعلى ذلك فإذا كان المشتري قد تصرف فيه بالبيع فيحق للبائع أن يسترده من المشتري الثاني . وفي هذه الحالة فان المشتري لا يلزم برد ثمار البيع الا اذا كان سي النية وقت القبض ، ولا يكون كذلك الا من اليوم الذي يرفع فيه دعوى الفسخ على المشتري الأول ، أما اذا كان يعلم قبل رفع الدعوى بأن سند ملكية البائع مهدد بالفسخ لعدم الوفاء بالتزاماته فلا يمنع ذلك من اعتباره حسن النية لأنه يصح له أن يعتمد على أن سلفه سيفي بالتزاماته ، كما أنه لا يلزم بالتعويض اذا أحدث تلفا بالمبيع قبل رفع دعوى الفسخ ، في حين يجوز له أن يعود على طالب الفسخ بالمصاريف النافعة كمصاريف البناء والإصلاح ، والفراس (1) .

ويستثنى من هذه القاعدة الحالات الآتية :

1- اذا كان الغير الذي قرر له المشتري حقا عينيا على البيع حسن النية وشهر حقه وفقا للقانون ، فان الفسخ لا يمس الحقوق التي ترتبت له خاصة وأن قانون اعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري الصادر في 12 نوفمبر 1975 (2) قد نص في المادتين 15 و 16 منه على أن الشهر يعتبر وسيلة للاحتجاج بكل ما يتملق بالحق الميني - من انشاء أو نقل أو تعديل أو انقضاء - فيما بين المتعاقدين (المادة 16) وبالنسبة الى الغير (المادة 15) .

2- اذا كان الغير يستطيع أن يدفع دعوى البائع بتملك البيع بالتقادم .

3- اذا كان الغير قد كسب بحسن نية حقا عينيا على منقول تطبيقا للقاعدة الشهيرة " الحياة في المنقول بحسن نية سند الملكية " (المادة 835/1 مدني جزائري) .

4- اذا كان الغير قد كسب حقا بموجب عقد من عقود الادارة كالايجار ، لأن المشتري يعتبر نائبا عن البائع باعتباره مالكا تحت شرط فاسخ له حق الادارة ،

(1) بودي وسينيا / المرجع السابق ، ج 17 ، بند 564 .

(2) منشور بالجريدة الرسمية ، السنة 12 ، العدد 92 الصادر بتاريخ : 1975/11/18 .

فإذا ما أبرم عقودا بدون غش فإنها تنصرف الى المالك (1).

5- اذا ترتب رهن تأميني لدائن مرتهن حسن النية أى كان يمتد عند انشاء عقد الرهن ملكية المدين الراهن للصين محل الرهن ملكية تامة وغير مهددة بالزوال وتوافر لديه من الأسباب ما يعتبر عذرا عن هذا الاعتقاد الخاطئ ، فان الفسخ لا يؤثر في حقه . وقد أورد المشرع نصا خاصا لحمايته في المادة 885 مدني جزائري ان جرى نصها على النسق التالي :

" يبقى صحيحا لمصلحة الدائن المرتهن ، الرهن الصادر من المالك الذي تقسّر ابطال سند ملكيته ، أو فسخه أو الفأوه ، أو زواله لأى سبب آخر ، اذا ثبت أن الدائن كان حسن النية وقت إبرام عقد الرهن " بشرط أن يكون المسترهن قد رتب تهمل رفع دعوى الفسخ .

المطلب الثاني

الفسخ الاتفاقى

(la résolution conventionnelle)

تنص المادة 120 مدني جزائري على أنه " يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقق الشروط المتفق عليها وبدون حاجة الى حكم قضائي ، وهذا الشرط لا يعفي من الاعذار الذى يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين " .

ان هذه المادة تجيز للمتعاقدين أن يتفقا مقدما عند إبرام العقد على الفسخ في حالة عدم وفاء أحدهما بالتزاماته ، وقد تطلب القانون لاعمال الفسخ الاتفاقى توافر الشروط المتفق عليها بين المتعاقدين ، كما يشترط اعذار المدين . ويتمين أن يتم الاعذار في المهلة المحددة اتفاقا أو عرفا اذا لم يكن قد صدر بشأنها اتفاق سابق طبقا للصياغة الفرنسية التي أرجحها في هذا الصدد ان جاء بها " ان هذا الشرط (أى فسخ العقد عند عدم تنفيذ أحد المتعاقدين التزاماته) لا يعفي من ضرورة الاعذار الذى يحدد بدته حسب العرف في حالة عدم تحديده ،

(1) الدكتور السنهوري / الوسيط ، ج 1 ، المرجع السابق ، بند 479 ، ص 807 ، والدكتور أنور سلطان / المرجع السابق ، بند 354 ، ص 398 ، والدكتور سليمان مؤنس / شرح القانون المدني ، المرجع السابق ، بند 323 ، ص 284 - 285 .

من الأطراف المتعاقدة" (1).

وإذا كان المشرع قد اعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى استصدار حكم قضائي بذلك ، فإن هذا لا يعنى استبعاد رقابة القضاء فسي حالة ما اذا نشب نزاع بين المتعاقدين حول تنفيذ الالتزامات أو حصول تحقق الشروط المشار اليها في النص . وبما لا شك فيه أن القضاء هو المرجع الوحيد في حالة حدوث نزاع بين الطرفين إذ هو السلطة ذات الصلاحيحة للتحقق مما اذا كان قد وقع هناك اخلال بالالتزام من عدمه . فاذا عرّض النزاع على القضاء ، اقتضت سلطته على التحقق من حصول الاخلال بالالتزام أو من عدم حصوله .

وقد استقر الفقه والقضاء على أن الشرط الفاسخ لا يؤدي الى اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه الا اذا كان قاطع الدلالة على ذلك ، أما اذا ثار شك بهانه فيتسمين تفسيره على أنه لا يؤدي الى جمل العقد مفسوخا من تلقاء نفسه بمجرد الاخلال بالالتزام . ومن قبيل ذلك ما قضت به محكمة النقض المصرية في 12 يناير 1950 من أن " الشرط الفاسخ لا يقتضي الفسخ حتما بمجرد حصول الإخلال بالالتزام الا اذا كانت صيغته صريحة دالة على وجوب الفسخ حتما عند تحقيقه " (2) .

وإذا ما فسخ العقد ، تترتب عليه نفس الآثار التي سبق تحديدها بالنسبة الى الفسخ القضائي .

المبحث الثاني

الانفساخ أو الفسخ بحكم القانون (LA RESILIATION)

تنص المادة 121 مدني جزائري على أنه " في العقود الملزمة للجانبين ، اذا انقضى التزام بسبب تنفيذه ، انقضت معه الالتزامات المقابلة له وفسخ العقد بحكم

(1) يجرى النص الفرنسي كالتالي : " ... Cette clause laisse Art. 120 : subsister la nécessité d'une mise en demeure dont le délai, à défaut de fixation par les parties contractantes, est déterminé suivant les usages."

(2) أورده الدكتور السندوري في الوسيط، ج 1، المرجع السابق، ص 811، هامش (2) .

القانون *

وتجمل تحليل هذه المادة أشير - بادئ ذي بدء - إلى أن هناك خطأ ورد في صياغتها العربية - أرجح أن يكون مطبعياً - إذ الأصح هو أن يقال " ... إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه " وفق ما جاء في صياغتها الفرنسية " si l'obligation est éteinte par suite d'impossibilité d'exécution. " وهذا ما يقتضيه سياق النص نفسه .

ثم إن هذه المادة - شأنها في ذلك شأن المادة 176 مدني جزائري (1) - تفصح عن أن استحالة التنفيذ إذا كانت راجعة إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه ، فإنها تؤدي إلى انقضاء الالتزام وبالتالي إلى صيرورة العقد منسوخاً من تلقاء نفسه ، وبذلك يمكن القول بأن أساس الانفساخ يرجع إلى استحالة تنفيذ العقد بسبب أجنبي لا يدخل للمدين فيه سواء كانت الاستحالة مادية كتهدم المنزل المبيع قبل أن يسلمه البائع إلى المشتري ، أم كانت تلك الاستحالة قانونية كما إذا نزع ملكية هذا المنزل للمنفعة العامة (2) . وترتبطا على هذا الأساس فلا ضرورة للأعداء لأن مجال أعماله يتطلب ضرورة كون التنفيذ ممكناً ، كما أنه لا حاجة لصدور حكم قضائي بالفسخ لأن الانفساخ يصدره القانون (3) ، فإذا وقع أن ادعى أحد الطرفين أن الطرف الآخر قد امتنع عن التنفيذ بخلافه وتبين للقاضي أن عدم التنفيذ مرجعه السبب الأجنبي فأصدر حكماً بالانفساخ كان هذا الحكم مقررًا للفسخ لا منبثاً له (4) .

على أن القضاء الفرنسي قد نحا عكس هذا المنحنى إذ أنه ذهب إلى أن مجال الفسخ القضائي إلى الحالات التي يكون فيها عدم التنفيذ راجعاً

(1) يجرى نص المادة 176 مدني جزائري كالتالي " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بتمويل الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه ... " .

(2) الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي / نظرية العقد ، المرجع السابق ، بند 233 ، ص 362 - 363 .

(3) الدكتور محمد حسنين / المرجع السابق ، ص 127 .

(4) الدكتور السنهوري / الوسيط ، ج 1 ، المرجع السابق ، بند 489 ، ص 822 .

الى حادث مفاجئ ، أو الى قوة قاهرة أو الى خطأ المدعى عليه يستوى في ذلك أن تؤدي القوة القاهرة الى عدم التنفيذ الجزئي أو الكلي للالتزام (1).

وترتبط بالانفساخ مسألة تحمل التبعة ، وفادها أن العقد اذا انفسخ بحكم القانون لاستحالة تنفيذ التزام المدين لسبب أجنبي ، فأى الطرفين يتحمل تبعه انقضاء الالتزام الذى استحال تنفيذه ؟

اذا كان العقد ملزماً لجانب واحد كالوديعة غير المأجورة ، واستحال تنفيذ التزام المودع لديه لسبب أجنبي فان التزام المدين ينقضي ويتحمل الدائن (المودع) تبعه الاستحالة (2). أما في العقد التبادلي ، فان المدين اذا استحال عليه تنفيذ التزامه فانه لا يستطيع مطالبة الدائن بتنفيذ ما تمهد به ، وبالتالي فالخسارة في نهاية الأمر تقع عليه ، وهو الذى يتحملها (3). ففي عقد البيع اذا هلك البع قبل التسليم للمدين بالتسليم لسبب أجنبي فان المدين بالتسليم هو الذى يتحمل تبعه الهلاك (4) الا اذا وقّع الهلاك بعد اصدار المشتري بتسلم العين البهيمة فحينئذ تنتقل تبعه الهلاك الى المشتري الذى لم يقم بالتسلم رغم اعذاره (المادة 369 مدني جزائري). بينما القانون الفرنسي جعل في المادة 1188 مدني تبعه هلاك العين فسي عقد البيع على المالك أى المشتري ولو لم يتسلم البع (5).

الآثار المترتبة على الانفساخ :

يترتب على انفساخ العقد بحكم القانون نفس الآثار التي تترتب على الفسخ بنوعيه : القضائي والاتفاقي - كما سبق - ويعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد (المادة 122 مدني جزائري) ولا محل للتصويض

(1) مشار اليه في كولان وكابيتان / المرجع السابق ، بند 1024 ، ص 571 ، والدكتور محمد حسنين / المرجع السابق ، ص 127.

(2) الدكتور السندوري / الوسيط ، ج 1 ، المرجع السابق ، بند 490 ، ص 823 ، والدكتور محمد حسنين / المرجع السابق ، ص 127.

(3) الدكتور سليمان مرقس / شرح القانون المدني ، المرجع السابق ، بند 317 ، ص 279 - 280.

(4) الدكتور أنور سلطان / المرجع السابق ، بند 25 ، ص 282.

(5) الدكتور محمد حسنين / المرجع السابق ، ص 127.

لأن المدين قد انقضى التزامه بقوة قاهرة لا يد له فيها (1).

الببحث الثالث

+++++

اختلاف البطلان عن الفسخ والانفساخ

+++++

إذا كان كل من البطلان والفسخ والانفساخ يؤدي - بحسب الأصل - إلى زوال التصرف بأثر رجعي يستند إلى وقت إبرامه فإن هناك خلافات جوهرية بينهما يمكن تلخيصها على ضوء الأحكام الواردة في القانون المدني الجزائري في النقاط التالية :

1 - من حيث السبب :

إن سبب البطلان يكمن أصلا في عدم استجماع التصرف لأركان محددة قانونا، كما أن سبب الإبطال يرجع إلى عدم توافر شروط صحة الرضا أو إلى نقص الأهلية، أي أنه يصاحب التصرف من وقت نشأته ووجوده (2)، أما الفسخ بنوعيه والانفساخ فهما جزاء يترتب على عدم تنفيذ أحد الطرفين لالتزامه يستوي في ذلك أن يكون عدم التنفيذ راجعا إلى امتناع أحد المتعاقدين أو إلى استحالة التنفيذ بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه .

2 - من حيث نوع التصرف :

يرد الفسخ والانفساخ على عقد ملزم للجانبين فقط، فلا يتصور أن يرد على التصرفات الصادرة من جانب واحد، أما البطلان فإنه يرد على كافة التصرفات سواء كانت صادرة عن جانبين أو عن جانب واحد .

3 - من حيث الوقت أو الزمن :

ينسحب البطلان إلى وقت إبرام التصرف سواء كان مطلقا أو نسبيا متى تضى بإبطال التصرف أعمالا لفكرة الأثر الرجعي، أما الفسخ والانفساخ فيسرد

(1) الدكتور السنهوري / الوسيط، ج 1، المرجع السابق، بند 491، ص 824 .
والدكتور محمد حسين / المرجع السابق، ص 127 .

(2) الدكتور محمد حسين / المرجع السابق، ص 126 .

على عقد كان صحيحاً ومن ثم فانه يكون لاحقاً لإبرام العقد . وبعبارة أخرى فان سبب البطلان بنوعيه يقوم وقت قيام التصرف أى يكون معاصراً لنشأته ، بينما أسباب الفسخ تنشأ بعد قيام التصرف سليماً صحيحاً والمتمثلة في عدم التنفيذ .

4 - من حيث أساس دعوى المسؤولية :

إذا كان أساس المسؤولية بمصدد التصرف الباطل يخضع لأحكام المسؤولية التقصيرية باتفاق الفقهاء ، فانه في دعوى الفسخ حصل خلاف حاد بين الفقهاء ، فمن قائل بان المسؤولية تكون تعاقدية لأنها تجدد مصدرها فهي الاخلال بالتزام تعاقدى⁽¹⁾ ، ومن قائل ان المسؤولية بعد فسخ العقد تكون تقصيرية .

5 - من حيث السلطات المخولة للقاضي في كل من الفسخ والبطلان :

يكون القاضي ملزماً - بحسب الأصل⁽²⁾ - بالحكم بالبطلان متى طلب منه ذلك . أما في الفسخ⁽³⁾ فيبقى الأمر جوازياً ، أى يخضع السلطة التقديرية للقاضي ، فله ان يحكم به ، وله ان يعدل عنه الى الحكم بالتنفيذ . وفي حالة الحكم بالتنفيذ فان السلطة التقديرية تمكنه من منح المدين مهلة يتم خلالها التنفيذ . كما أنه يملك الحكم بالتعويض للدائن أو برفضه خاصة اذا رأى ان عدم التنفيذ كان جزئياً ، وليس يذى أهمية .

(1) بوبينيك / فسخ وانفساخ البيوع التجارية ، رسالة من جامعة باريس 1943 ، مطبوعة على الآلة الكاتبة ص 7 .

(2) وقد استعملنا عبارة - بحسب الأصل - لأن هناك استثناء يرد على القاعدة العامة ، وهو استثناء قرره المشرع بمقتضى المادة 90/3 مدني ان نص على انه بإمكان المدعى عليه في عقود المساومة أن يتوفى دعوى الإبطال اذا عرض له يراه القاضي كافياً لرفع الغبن . (3) أما الانفساخ فلا يملك القضاء الاجتهاد بمصدده ، فليس له أن يمنح المدين أجلاً ، ولا أن يحكم بالتعويض ، ان الحكم بالانفساخ يكون واجباً مع توافر الشروط المنصوص عليها في المادة 121 مدني . ولكن إذا حصل اختلاف في توافر شروط الانفساخ من عدمها ، فان القضاء يتدخل ليترقب ويقرر ما اذا كانت شروط انفساخ العقد متوافرة أو ان العقد ما زال قائماً . أما القضاء الفرنسي فقد سار على التسوية بين الفسخ والانفساخ من حيث اخضاعهما لرقابته . برأى مؤلف الدكتور محمد حسنين / الوجيز ، المراجع السابق ص 127 ، وكولان وكابيتان / المراجع السابق ، بسند 1024 ، ص 571 .

الفصل الرابع XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

البطلان وأنظمة قانونية أخرى XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

قد يلتبس البطلان بأنظمة قانونية أخرى لعل أهمها يتمثل في الشرط الفاسخ و الأجل الفاسخ . لذلك نعرض في هذا الفصل لماهية الشرط الفاسخ ، ثم بيان اختلافه عن البطلان ، وأخيرا الأجل الفاسخ ومقارنته بالبطلان ، ونتناول كلا من هذه المسائل في بحث مستقل.

المبحث الأول +++++

ماهية الشرط الفاسخ +++++

(LA CLAUSE RESOLUTOIRE)

الشرط⁽¹⁾ - باعتباره وصفا للالتزام - هو واقعة مستقبلية غير محققة الوقوع ، يترتب على تحققها نشوء أو زوال الالتزام فيسمى في الحالة الأولى شرطا واقعا ، وفي الحالة الثانية شرطا فاسخا⁽²⁾ . وهذا ماغناه المشرع الجزائي في المادة 203 مدني إذ جاء نصها " يكون الالتزام معلقا (على شرط) اذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبل وممكن وقوعه " .

وقد وجد في الفقه رأى يذهب الى أن الشرط الفاسخ ليس الا شرطا واقعا وان كان " تارة يعلق عليه نشوء الالتزام و تارة يعلق عليه فسخ الالتزام ، فما يسميه القانون المدني التزاما تحت شرط فاسخ ليس في الحقيقة الالتزاما

(1) ان المشرع الجزائي يضفي على الشرط عدة معان ، فأحيانا يقصد به العناصر الجوهرية المتطلبة لتكوين العقد ، وطورا آخر يريد به الواقعة المستقبلية . الا أن المعنى الحقيقي لهذه الكلمة من وجهة نظر قانونية هي أن وظيفة الشرط تتمثل في وقف تكوين علاقة قانونية أو زوالها على تحقق واقعة مستقبلية وغير موعدة واذن ، فالعمل القانوني الشرطي هو عمل غير مصروف المصير مستقبلا مادام المتعاقدان لا يعلمان مصير الواقعة المستقبلية : هل ستتحقق أولا ؟

(2) الدكتور السهموري / الوسيط ، جزء 3 ، نظرية الالتزام بشكل عام (الأوصاف ، والحوالة ، والانقضاء) القاهرة 1958 ، بند 17 ، ص 26 ، وكولان وكابيتان / المرجع السابق ، بند 1682 ، ص 931 ، ومازو / المرجع السابق ، بند 1027 ، ص 921 ، وكاربونيه / المرجع السابق ، بند 146 ، ص 244 .

بسيطاً يعلق فسخه على شرط واقف⁽¹⁾ وحقيقة الأمر أنه إذا كان الشرط الفاسخ في حقيقته نوعاً من الشرط الواقف يتوقف على تحققه فسخ العقد ، فإن التفرقة بينهما تبقى ضرورية . فتحقق الشرط الواقف يؤدي إلى نشوء الالتزام أي أن العقد قبل تحققه يكون غير موجود تطبيقاً لنص المادة 206/1 مدني جزائري التي نصت على أنه " إذا كان الالتزام معلقاً على شرط واقف فلا يكون نافذاً إلا إذا تحقق الشرط ... " في حين أن الشرط الفاسخ يؤدي إلى زوال الالتزام ، وهذا يفترض بداهة أن الالتزام قائم وموجود ، وهو ما يستفاد من نص المادة 207/1 مدني جزائري التي نصت على أنه " يزول الالتزام إذا تحقق الشرط الفاسخ ... " فهذه المادة قاطعة الدلالة على أن الالتزام يكون قد نشأ ، و تطبيقاً لذلك ، نص المشرع الجزائري في المادة 255² مدني على أنه " يعتبر البيع على شرط التجربة ليمنحاً موقوفاً على شرط القبول ، إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ " ، ويتضح من الاستثناء الوارد في هذه المادة أن شرط التجربة قد يكون فاسخاً ، وذلك كما إذا اتفق المتعاقدان على أن تكون التجربة شرطاً فاسخاً ، وحينئذ فإن البيع ينفذ منذ البداية ويصبح المشتري مالكا للببيع ملكية معلقة على شرط فاسخ ، بينما البائع يصبح مالكا له ملكية معلقة على شرط واقف . فمما إذا تحقق الشرط وأعلن المشتري إلى البائع عدم قبوله للببيع ورفضه له ، انفسخ البيع بأثر رجعي ، واعتبر المشتري كأنه لم يملك البيع . أما إذا تخلف الشرط أو سكنت المشتري فإن البيع يصبح باتاً ويعتبر المشتري مالكا له منذ انشاء العقد⁽²⁾ .

هذا ، وإن شرط التجربة شبهه بخيار الشرط⁽³⁾ في الفقه الاسلامي إذا كان الخيار مشروطاً للمشتري إذ يقصد به التروى وحفظ حق الرجوع في العقد⁽⁴⁾ .

(1) الدكتور عبد الحفي حجازي / ضمان الهلاك في القانون المدني المصري ، مقال منشور بمجلة القانون والاقتصاد ، جامعة القاهرة ، السنة 15 ، ص 515 .

(2) الدكتور السنهوري / الوسيط ، البيع والمقايضة ، ج 4 ، القاهرة 1960 ، بند 71 ، ص 136 - 137 .

(3) يقصد بخيار الشرط في الفقه الاسلامي هو ان يشترط أحد المتعاقدين في عقود المعاوضة أن يكون له الخيار ، أي حق الفسخ خلال مدة معينة ، تراجع المجلة ، الدوا 300 - 309 .

(4) الاستاذ مصطفى أحمد الزرقاء / عقد البيع في القانون المدني السوري ، دمشق 1965 ، بند 57 ، ص 75 .

البحث الثاني

اختلاف البطلان عن الشرط الفاسخ

إذا تأملنا كلا من الشرط الفاسخ والبطلان تبين لنا أن هناك وجه شبه ، ووجه اختلاف بينهما ، يمكن إجمالهما في التالي :

وجه الشبه بين البطلان والشرط الفاسخ :

سبق أن أوضحنا أن الشرط الفاسخ هو واقعة مستقبلية ممكنة الوقوع يترتب على نشوئها زوال الالتزام ، وفي هذه الحالة فهو يتشابه مع البطلان الذي يؤدي إلى زوال الالتزامات المترتبة على التصرف بأثر رجعي بل إن الشبه يتضح أكثر مما سبق بين الشرط الفاسخ والتصرف القابل للإبطال ، إذ أن إبطال تصرف نتيجة عدم كمال الأهلية ، أو وجود عيب في الإرادة ، يؤدي إلى زواله بأثر رجعي ، وهو بذلك كالشرط الفاسخ أن تحقق انسحاب أثره إلى وقت إنشاء التصرف .

وجه الاختلاف بين البطلان والشرط الفاسخ :

1- أن الشرط الفاسخ هو عبارة عن وصف يلحق الالتزام ، فيجمله مهدداً بالزوال . أما البطلان فهو جزاء يلحق التصرف بسبب تخلف أحد أركانه الجوهرية أو شروط المحل أو شرط السبب (حيث تكون بصسبب بطلان مطلق) أو تخلف أحد شروط صحة الرضا (فنكون - حينئذ - بصسد بطلان نسبي) .

2- أن زوال التصرف بأثر رجعي بسبب البطلان مرده إلى أن التصرف قد نشأ أصلاً باطلاً أو نشأ قابلاً للإبطال . بينما زوال التصرف بتحقيق الشرط الفاسخ يرجع سبباً في الواقع إلى طبيعة الشرط ذاته ، وهو يفترض بدهة أن التصرف قد نشأ صحيحاً ، ويتحقق الشرط يزول أثره بأثر رجعي .

ولا يضح هذا الفارق فإن الأستاذ السنهوري يضرب مثلاً على النحو الآتي :
" إذا وهب شخص داراً لأرملة ابنه لتسكن فيها مع أولادها ، وعلق الهبة على شرط فاسخ مشروطاً أن تفسخ الهبة إذا هي تزوجت ، قاصداً بذلك

أن يحلها على عدم الزواج حتى تتفرغ لتربية أولادها ، فهنا الهبة صحيحة ، ولكنها تزول بمسائر رجعي اذا تحقق الشرط الفاسخ وتزوجت الموهوب لها وقد زالت الهبة بأثر رجعي لا لأنها باطلة أو قابلة للإبطال ، بل لأنها علقت على شرط فاسخ وقد تحقق الشرط (1) .

ولهذه الملة ، فان التصرف القابل للإبطال لا يشبهه بالشرط الفاسخ رغم أنه اذا تقرر إبطاله انعدم وجوده ، وعاد هذا الانعدام الى لحظة إبرام التصرف (2) . فهذه حالة قانونية سببها عيب لحق التصرف ، وتلك حالة أخرى سببها تحقق الشرط ، ولا يمكن أن يكون الأثر الرجعي الذي جمع بين الأمرين يجمع بينهما شيئاً واحداً فهذا أمر يأباه المنطق القانوني .

وهكذا يتضح أن الشرط الفاسخ يختلف عن البطلان من حيث أساس كل منهما ، ومجال اعمالهما .

المبحث الثالث

+++++

الأجل الفاسخ والبطلان

+++++

1 - ماهية الأجل الفاسخ : (la terme extinctif)

الأجل - باعتباره وصفاً للالتزام - هو عبارة عن أمر مستقبل محقق الوقوع يتوقف على نفاذه أو على انقضائه نشوء الالتزام أو زواله . وهو بذلك إما أن يكون أجلاً واقعاً يترتب على نفاذه تحقق الالتزام ، وإما أن يكون أجلاً فاسخاً يترتب على تحققه انقضاء الالتزام .

وقد استقر الفقه الفرنسي على تسمية ما اصطلاحاً على تسميته في الفقه العربي بالأجل الفاسخ " الأجل المنهي " terme extinctif " على أساس ...

(1) الدكتور السنهوري ، مصادرها الحق ، ج 4 ، المرجع السابق ، ص 97 .

(2) الدكتور محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ، بند 130 ، ص 258 .

أنه يعتبر سببا لانقضاء الالتزام⁽¹⁾ وقد كان لهذا الرأي صدى في التشريع الجزائري على الرغم من أن المشرع قد استخدم صراحة في المادة 212/2 عبارة "الأجل الفاسخ"⁽²⁾ إلا أنه الحقها مباشرة بما يفيد أن تحقق الشرط يؤدي إلى زوال أثره مستقبلا فقط، وبذلك تصح تسميته "بالأجل المنهي" وهو ما ورد في الصياغة الفرنسية لنفس الفقرة، "A l'expiration du terme extinctif, l'obligation s'éteint sans que cette extinction ait un effet rétroactif."

وإن كنا نأخذ على المشرع الجزائري في صياغته الفرنسية للفقرة إيراد عبارة "دون أن يكون لهذا الانقضاء أثر رجعي" لأن عبارة "الأجل المنهي" تفيد ذلك ولا فائدة من الزيادة في التشريع.

2 - الأجل الفاسخ والبطلان:

إن مقارنة البطلان بالأجل الفاسخ تكشف لنا عن وجود نقاط اختلاف بينهما تتمثل فيما يلي:

أ - من حيث الوصف:

إن الأجل الفاسخ هو وصف يلحق الالتزام فينتهي نفاذه عند حلول أجل معين، أما البطلان بنوعيه فهو جزاء يلحق التصرف بسبب عدم استجماعه لأركان قيامه أو لشروط صحة الرضا.

ب - من حيث الأثر الرجعي:

إذا تحقق الأجل الفاسخ (المنهي) فإنه لا يكون ذا أثر رجعي، أي أن تحقق الشرط الفاسخ يترتب عليه زوال الالتزام مستقبلا دون أن ينصرف أثره إلى الماضي، وذلك على خلاف البطلان الذي يعتبر - كما سبق البيان - جزاء يلحق التصرف بسبب عدم مراعاته لأحكام القانون في تكوينه والذي يؤدي إلى انهيار التصرف من أساسه حيث أن التصرف يعتبر كأن لم يقم أصلا وبذلك، فإن طبيعة الأجل الفاسخ (المنهي) تختلف عن طبيعة البطلان ومن ثم لا يمكن أن يختلط أحدهما بالآخر.

(1) مازو / المرجع السابق، بند 1016، ص 917، ومارتي ورينو / المرجع السابق، بند 727، ص 746 فهما يريان أن الأجل المنهي في حقيقته سبب لا نقصان الالتزام أكثر من كونه وصفا له.

(2) تنص المادة 212/2 مدني جزائري على ما يلي "ويترتب على انقضاء الأجل الفاسخ زوال الالتزام دون أن يكون لهذا الزوال أثر رجعي".

الفصل الخامس

الفسخ والانفساخ في الفقه الاسلامي ومقارنتهما بأحكام القانون الوضعي

أولاً : الفسخ والانفساخ في الفقه الاسلامي

(١) الفسخ في الفقه الاسلامي :

(٢) الأصل العام : استبعاد فكرة الفسخ :

ان الأصل العام المقرر في الفقه الاسلامي هو أن الدائن لا يحق له أن يطالب بالفسخ إذا ما أخل المدين بالتزامه ، بل انه يصبح من حقه فقط أن يطالب مدينه بالوفاء في حالة ما اذا كان المقدم من عقود المفاوضة ، أي من تلك العقود اللازمة بطبيعتها والخالية من الخيارات ، والأصل في هذه العقود هو أن الدائن لا يستطيع أن يطالب بالفسخ إذا امتنع المدين عن الوفاء بالتزامه ، طالما أن المقدم نشأ صحيحاً فيكون لازماً ، ومن ثم يكون من حقه أن يطالب المدين بتنفيذ التزامه ، شريطة أن يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزامات الواقعة على عاتقه (١) فإن امتنع المدين جاز - حينئذ - للدائن أن يستوفي حقه منه طبقاً للقواعد المقررة لاستيفاء الدين في الفقه الاسلامي . وتطبيقاً لذلك ، فإنه إذا استحق الثمن فسي عقد بيع مثلاً ، فإن المشتري يصبح ملزماً بأداءه للبائع بأن يكون الدفع حالاً إذا كان الثمن ممجلاً الأداء ، أو يتم دفعه في أجل المحدد له ان كان الدفع موكباً ، فإذا امتنع المشتري عن الدفع ، فإنه يكون من حق البائع أن يبيع من أموال المدين ما يفي بالثمن المطلوب (المادة 487 من مرسوم الحيران) .

نعم قد يشترط أحد الطرفين لنفسه ما يسمى بحق النقد (٢) حين

(١) الدكتور السنهوري / مصادر الحق ، ج 6 ، ص 217 .

(٢) حق النقد ويدعى " خيار النقد " وهو أن يتبايع اثنان ، ويشترط البائع على المشتري مثلاً أنه إذا لم يسلم النقود في أجل الميثاق عليه فلا يبيع بينهما ، أو يقوم المشتري بتسليم الثمن إلى البائع ويجعل له الخيار في رد الثمن في مدة معينة ، ويقبل البائع ذلك ، ففي هذه الحالة يصبح البيع والشرط معاً . يراجع مؤلف الأستاذ محمد مصطفى شلبي / المدخل ، المرجع السابق ، ص 631 .

إبرام العقد ، فإذا استعمل أحدهما هذا الحق ، فإن العقد لا يفسخ طبقاً للقاعدة العامة ، بل أنه يتقرر كنتيجة منطقية لقيام الخيار في العقد المبرم ، والذي يجمّل منه ذلك الشرط عقداً غير لازم .

(ب) الاستثناء : جواز الفسخ :

وإذا كان الأصل العام يقتضي استبعاد حق الفسخ ، فإن هناك استثناءين يردان على الأصل العام ، وبمقتضاهما يحق للدائن أن يطالب بفسخ العقد إذا لم يقر المدين بتنفيذ التزامه العقدي .

الاستثناء الأول : ويتقرر في حالة انعدام محل العقد أو فوات المنفعة المقصودة منه .

وصورة ذلك أن تهلك المين الموءجرة في عقد الإيجار ، (أن يهلك الشيء المبيع في عقد البيع ، سواء أكان هذا الهلاك كلياً أو جزئياً ، أو أن يكون قد لحق المققود عليه عيب أو نقص في مقداره ، أو حدثت أمور من شأنها أن تمنع الدائن من الاستفادة من المنفعة المبتغى تحقيقها منه . ففي مثل هذه الحالات ، فإن الخل الذي لحق المققود عليه ، يعطي الحق لمن تأثرت مصلحته بهذا الخل في أن يطلب فسخ العقد ، ويكون مرد الفسخ حينئذ ذلك الخل الذي لحق المققود عليه وليس فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة كما هو معروف في فقه القانون الوضعي (1) .

الاستثناء الثاني : ويسرى على عقد الإيجار وعقد العمل بوجه خاص وقبيل تحليل هذا الاستثناء ، تشير إلى أن جواز فسخ الإيجار شأنه في ذلك شأن المققود المتعلقة بالمنفعة المتجددة كمقد العمل ، فتتميز من قبيل الاستثناء على الأصل العام إعمالاً لمنهج الاستثناء ، وذلك نظراً لكون الإيجار يرد في الأصل على منفعة مدومة ، تتجدد شيئاً فشيئاً ، وفي ذلك يقول الدكتور السنهاوري : " أن هذا العقد قد جاء على خلاف القياس استحساناً (ذلك أن) المققود عليه في (هذا العقد) هو المنفعة أو العمل ، وهو مدوم ، ويتجدد آنفاً . (2) "

(1) يراجع ما سبق صفحة 316 من هذه الرسالة .

(2) الدكتور السنهاوري / مصادر الحق ، ج 6 ، ص 230 .

واعمالاً لمنهج الاستحسان ، فإنه قد تقرر تطبيق الفسخ بصدد عقد الإيجار ، وبصدد عقد العمل أيضاً .

على أن أعمال الفسخ بصدد عقد الإيجار قد تم التوسع فيه ، إذ أن الفسخ لا يلجأ إليه فقط عند هلاك المدين الموجهة أو حدوث عيب فيها أو حدوث مانع يحول دون الانتفاع بالمنفعة المقصودة من محل العقد ، بل أنه يطبق أيضاً حين لا يؤدي المستأجر أجرة المدين الموجهة (1) .

ومثل هذا الحكم يسرى أيضاً بصدد عقد العمل إذ أنه من المقرر أن من حق العامل أن يمتنع عن أداء العمل المتفق عليه إذا لم يف له رب العمل بأجرته .

وأما عن الأسس القانونية لأعمال الفسخ في مجال عقد الإيجار والعمل فإنه لا يجد مصدره في فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة ذلك أنه لا وجود لهذه الفكرة في الفقه الإسلامي (2) بل أنه " يرجع إلى فكرة تجدد العقود عليه آناً فآناً " (3) أي أننا في مجال هذين العقدين نكون بصدد تجدد في المنفعة ، وهذا التجدد في المنفعة يؤدي إلى تصور عدة عقود متتالية تتجدد بتجدد وحدات المنفعة مع ما يؤدي إليه ذلك من استحقاق الأجرة عن كل وحدة ، ويترتب على ذلك أنه إذا امتنع المستأجر عن دفع الأجرة ، فإنه يحق للمؤجر أن يمسك ما يقابل الأجرة من تلك المنفعة ، كما أنه إذا امتنع رب العمل عن تسليم العامل أجرته جاز لهذا العامل أن يمسك عن العمل حين انسيف أجرته .

2 () هل للانفساخ مكانة في الفقه الإسلامي ؟

وإذا كان الفسخ قد تأصلت أحكامه في ظل الفقه الإسلامي ، فإن فكرة الانفساخ تجد لها مكاناً أيضاً في ظل هذا الفقه . وبهذا الصدد فسان الفقهاء المسلمين يقررون أن الانفساخ يتحدد بحالة هلاك محل العقد هلاكاً كلياً بحيث يصبح العقد مذهباً في هذه الحالة لانعدام محله .

ومثل هذا الحكم يمكن استخلاصه من تحليل المادة 646 من مرشد الحيران التي ورد بها " إذا حدث بالمدين المستأجر عيب يفتقر به النفع بالكليّة

(1) الدكتور السنهوري / مصادر الحق ، ج 6 ص 229 .

(2) يراجع ما سبق ص 334 من هذه الرسالة .

(3) الدكتور السنهوري / مصادر الحق ، ج 6 ص 232 .

كخراب الدار... (فإنه) يسقط عن (المستاجر) الأجر...
فسخ المقدم أولاً... " ان هذا النص للمستأجر واضح بأنه اذا انقضت منفعة
المين المؤجر كلية لخرابها أو لهلاكها هلاكاً كلياً ، فان عقد الايجار يفسخ
من تلقاء نفسه ، وتسقط الأجرة تبعا لذلك عن المستاجر .

ثانياً : المقارنة بين القانون الوضعي والفقه الاسلامي بصدور الفسخ والانفساخ :

من خلال تحليلنا لأحكام الفسخ والانفساخ في أحكام القانون الوضعي
والفقه الاسلامي يمكن أن نستنتج مايلي :

- (1) ان فكرة الانفساخ ممتدة في ظل الاثنين ، وتتقرر حالة انعدام
محل المقدم انعداماً كلياً كهلاك المين المؤجرة في عقد الايجار هلاكاً كلياً .
- (2) ان الفسخ اذا كان مقرراً كقاعدة عامة في القانون الوضعي ، فان
تطبيقه في اطار الفقه الاسلامي يبقى من قبيل الاستثناء ، ذلك أن القاعدة
العامة في الفقه الاسلامي تقتضي تنفيذ الالتزام فقط في ظل عقود المعاوضات .
- (3) ان الفسخ في القانون الوضعي يجد مصدره في فكرة الارتباط ببعض
الالتزامات المتقابلة ، ومثل هذا التأسيس مستبعد في ظل الفقه الاسلامي اذ انه
يحدد بحالتين ، اما بانعدام محل المقدم أو بفوات المنفعة المقصودة منه ،
واما بفكرة " تجدد المقود عليه أنا فأنا " اذا استخدمنا عبارة الاستاذ الدكتور
السنهوري ، أولحظة لحظسة .

- (4) اذا كان الفقه - في اطار القانون الوضعي - قد تساءل عن مدى
امكان اعمال الفسخ في اطار عقود المدة من عدمه ، فان الفقهاء المسلمين
يرون أن هذه المقود هي المجال المخصص لأعمال الفسخ ، كما هو الأمر
بالنسبة الى عقدي الايجار والعمل ، ويكون الفسخ فيهما منهما للمقدم ،
وليس له أي أثر رجعي .

الباب الثاني

آثار البطلان

نتولى بالتحليل هذا الموضوع في ثلاثة فصول ، نتناول في الفصل الأول آثار البطلان في فقه القانون الوضعي ، ونخصص الفصل الثاني لآثار البطلان في الفقه الاسلامي ، ونمقد فصلا ثالثا للمقارنة بين آثاره في كسل منهما .

الفصل الأول

آثار البطلان في القانون الوضعي

تمهيد :

ان الآثار التي تترتب على البطلان نجد ها مشتركة بين كسل من البطلان المطلق والقابلية للإبطال ، بالرغم من أن أسباب كل منهما تختلف عن الأخرى لأن البطلان متى صدر حكسم به يصبح باطلا من حيث آثاره أيا كانت الأسباب التي أدت الى الحكم به (1) وينبني على ذلك ، أنه متى صدر حكم من القضاء بالبطلان فان النتيجة التي تترتب عليه تتمثل في إعادة الطرفين الى الوضع الذي كانا عليه قبل اجراء التصرف الباطل أو القابل للإبطال ، وقبل تنفيذه (2)

على أن القول بإعادة الأطراف الى الوضع الذي كانوا عليه قبل اجراء التصرف أو قبل تنفيذه واعتبار التصرف كأن لم يكن أمر بالغ الخطورة ، لذلك فان هذا الأمر قد استدعى البحث عما اذا كان بالإمكان الإبقاء على التصرف القانوني عن طريق تعديل بعض بنوده ، كما هو الأمر بالنسبة الى الاتفاقات التي تخالف النظام العام الاقتصادي ، فمثلا اذا نشأت اتفاقات ولكنها اعتبرت باطلة لمخالفتها قواعد آمرة فيمكن - في نظر بعض الفقهاء - الإبقاء عليها عن طريق احلال القواعد القانونية

(1) بونسار (PONSARD) وبلونديل (BLONDEL) مقالهما تحت عنوان "البطلان NULLITE" منشور في مجموعة القانون المدني ، REPertoire DE DROIT CIVIL ، بسند 148 .

(2) بلانيول وريبير/المطول ، ج 6 ، المرجع السابق ، بند 320 ، وفي هذا المعنى نقض مدني فرنسي 4 / 1939 / 03 / 1 ، منشور بمجموعة ج . ب . G.P ، لسنة 1939 هـ ، ص 763 ، والدكتور أنور سلطان / النظرية العامة للالتزام ، ج 1 ، طبعة 1966 ، ص 269 .

التي استبعدت الأطراف محل البنود المخالفة لهذه القواعد، وبهذا التمديد يصير التصرف صحيحاً⁽¹⁾ ويرتب آثاره بأثر رجعي .

غير أن هذا التحليل لم يلق تأييد القضاء الفرنسي، إذ أنه ارتأى أن الجسراً الواجب التطبيق بحدود هذا النوع من الاتفاقات هو البطلان المطلق ليس إلا⁽²⁾.
هذا، وتحليل آثار البطلان، يستوجب منا التعرض لهذه الآثار فيما بين الأطراف في بحث أول، ثم بالنسبة إلى الغير في بحث ثان .

المبحث الأول

آثار البطلان فيما بين أطراف التصرف

المطلب الأول

الآثار الأصلية للبطلان

أولاً: الأثر الرجعي للبطلان : أن بطلان تصرف ما متى تقرر بحكم فإن النتيجة التي تترتب عليه تتمثل في أن هذا التصرف يصير غير قادر على أن يترتب أي أثر قانوني مستقبلاً بل أن أثر البطلان لا يمتد إلى المستقبل فحسب، وإنما ينصرف إلى الماضي أيضاً بحيث يعود الطرفان إلى الوضع الذي كانا عليه قبل إجراء التصرف أو قبل تنفيذه، إن حصل تنفيذ ما . غير أنه إذا كان أثر البطلان لا يحدث إشكالاً في المستقبل فإن أثره في الماضي على عكس ذلك إذ أنه يثير عدة مسائل قانونية معقدة .

والجد ير بالملاحظة أنه إذا تقرر بطلان تصرف ما قبل تنفيذه أو البدء في تنفيذه، فإنه لا حاجة لإثارة مسألة الاسترداد، إذ المفروض أن أيًا من الطرفين

(1) جورج ريبير/ النظام الاقتصادي وحرية التعاقد، بند 3، منشور بمجموعة

الدراسات المقدمة للفقير جيني، ج 2، ص 352، Georges RIPERT, *Liberté économique et la liberté contractuelle*, Etudes écon., tome 2, P. 352.

(2) نقض غرفة المرافض: 1946/12/09، منشور ب: ج 4، ص 18، سنة 1947، ج 4،

بند 18، وبالمجلة الفصلية للقانون المدني لسنة 1947، ص 199 مع ملاحظات

الأستاذ كاربوننييه Carbonnier .

لم يقدم بعد الى الآخر شيئاً ، غير أنه اذا تم تنفيذ التصرف أو البند في تنفيذه ، فإن الأمر على خلاف ذلك لأن البطلان يستدعي ازالة ما تم تنفيذه ، وذلك باعادة كل من الطرفين الى الوضع الذي كان عليه قبل اجراء التصرف ، وهو ما يسمى اصطلاحاً بالـ الأثر الرجعي للبطلان (EFFET RETROACTIF DE LA NULLITE) على أن فكرة الأثر الرجعي تعرضت لا انتقادات كثيرة أهمها أن فكرة الرجعية لا يمكن أن تصور لها الا في ظل النظرية التقليدية التي تعتبر البطلان مرتبطاً بالتصرف نفسه ، كما أنها خطيرة من حيث الآثار العملية المترتبة عليها اذا انها تتجاهل عامل الزمن ، فبإرجاعها الآثار الى ما قبل مرحلة انشاء التصرف تكون قد اهدرت المدة الزمنية التي وجد خلالها هذا التصرف ، ولوحصل ذلك باعتباره واقعة ماضية فحسبه فضلاً عن ان الأخذ بمبدأ الرجعية على اطلاقه من شأنه المساس بحقوق الغير ، وبمبدأ استقرار الأوضاع والمراكز القانونية .

غير أن بعض الفقه أجاب على هذا الانتقاد معللاً رايه بأن مسألة الرجعية ليست خاصة بالبطلان بل انها قد تقر وفقاً لارادة الأطراف أنفسهم ، وصورة ذلك أن يدرج الأطراف شرطاً فاسخاً في عقد بيع أبرم بينهما ، فإذا تحقق هذا الشرط زال الالتزام بأثر رجعي ، واذن ، فإذا اكتمل تمتد مبدأ الرجعية فسي مثل هذه الحالة ، فلم لا نعتمده في اطار البطلان أيضاً ؟ أما فيما يتعلق بحساس فكرة الرجعية بمبدأ ضمان استقرار الأوضاع القانونية واستقرارها ، فإن هذا النقد لم يعد له محل منذ أن تدخل القضاء ، والمشرعون في الكثير من الدول ووضعوا قيوداً على مبدأ الرجعية ⁽¹⁾ للحد من غفلوا الآثار التي تترتب على تطبيق هذا المبدأ تطبيقاً صارماً ، كنظرية البطلان الجزئي ، ووضع قيوداً لحماية الفير حسن النية ، ومحاولة احلال فكرة تظهير التصرف

(1) يراجع : ز . جامي ميلان / محاولة حول الرجعية في التصرفات القانونية ، المجلة الفصلية للقانون المدني لسنة 1948 ، ص 271 ، وجان دوبريز / الرجعية في التصرفات ، رسالة من جامعة رين لسنة 1953 . R. JAMBU .

MERLIN, Essai sur la rétroactivité dans les actes juridiques, revue trimestrielle de droit civil, 1948, P. 271; Jean DEPREZ, la rétroactivité dans les actes juridiques, thèse (dactylographiée), Rennes 1953.

محل بطلانه ، وهي قيود سنتمرضى لها في حينها .

هذا ، وتقريظ فكرة رجعية البطلان يؤدى الى نتيجتين هامتين :

أولاهما : ان كلا من طرفي التصرف يكون ملزماً بأن يحميد الى الطرف الآخر ما أخذه منه ، وذلك في حالة ما اذا كان العقد قد تم تنفيذه قبل تقرير البطلان ، لأن تنفيذ العقد اذا كان قد ترتب عليه ابراء كل منهما من التزامه فان الحكم بالبطلان يلزمهما بالتزامات جديدة هي رد كل متعاقد ما تسلمه بموجب العقد الذى تقرر بطلانه ، فاذا كان التصرف عبارة عن عقد بيع فان المشتري يرد المبيع مع ثماره من وقت رفع الدعوى اذا كان حسن النية ، ويرد البائع الثمن مع الفوائد القانونية من نفس الوقت أيضاً⁽¹⁾ اذا كان قانون القضاي يسمح بها كالتشريع المصري (المادة 226 مدني مصري) .

وثانيتهما : انه قد تتقرر مسؤولية أحد طرفي التصرف مما يجيز للطرف المتضرر ان يطالبه بتمويض على أساس المسؤولية التقصيرية⁽²⁾ .

ثانيها : الاسترداد كآثر للبطلان :

(1) المبدأ العام : ان النتيجة الحتمية التي تترتب على البطلان ، هي ان التصرف الباطل يصبح كأن لم يكن ، وبذلك فان التزام كل من طرفيه يصبح بدون سبب ، وبناء على ذلك ، فان كل متصرف يلزم بأن يرد الى الآخر ما أخذه منه بسبب هذا التصرف الباطل⁽³⁾ فاذا استحال الرد ، كما اذا كان المبيع قد هلك في يد المشتري بخطأ منه طبق القاضي قواعد المسؤولية التقصيرية⁽⁴⁾ أو اذا كان العقد الذى لحقه البطلان عقد عمل وكان العمل قد تم فعلاً من قبل المامل ، ولأن العقد من عقود المدة كعقد الايجار وكان المستأجر قد انتفع بالمعين المؤجرة قبل تقرير البطلان ، ففي هذين الفرضين يجب الحكم على كل من رب العمل

(1) الدكتور أنور سلطان / المرجع السابق ، ص 269 ، والدكتور محمد كامل مرسي / المرجع السابق ، ج 1 ، ص 522 .

(2) الدكتور أنور سلطان / المرجع والموضح السابقان .

(3) بلايبول وريبير / المطول العملي ، ج 6 ، المرجع السابق ، بند 321 ، وأوبري ورو / القانون المدني الفرنسي ، ج 4 ، بند 336 .

(4) الدكتور مرسي / المرجع السابق ، ص 522 .

والمستأجر بتمويض المامل عن الممل الذي أنهاه ، وتمويض المولى جـر عن المنفعة التي حصل عليها المستأجر ، وفي تقدير التمويض يستحسن ألا يختلف عن المقدار المحدد في العقد .

هذا ، ولا يلجأ القاضي الى الحكم بالتمويض الا اذا كان الرد مستحيلاً ، فاذا كان ممكناً فلا يجوز المدول عنه الى غيره . فان تعذر على أحد الطرفين رد الشيء الممين بالذات الذي سلم اليه بمقتضى التصرف الباطل ، فانه يرفض سماع دعوى الا بطلال الذي تقدم به (1)

- تحديد طريقة الاسترداد بنص قانوني وقيمه :

حالة تعذر الاسترداد :

مسألة الاسترداد تطرح مشاكل عملية كثيرة (2) ، ذلك أن استرداد كل مادفع بكامله يكون صعب التحقيق ان لم تلحقه استحالة مطلقة في بعض الأحيان ، لأن البطلان كثيراً ما يتقرر بعد مرور فترة زمنية طويلة من انشاء التصرف ، ولذلك فان المشرع كثيراً ما يتدخل لتحديد كيفية الاسترداد في مثل هذا الفرص ، ومن قبيل ذلك ما نص عليه المشرع من الحالات نذكر من بينها مايلي :

(أ) استرداد الثمار :

نص المشرع في المادة 837¹ مدني على أن " يكسب الحائز ما يقبضه من الثمار ما دام حسن النية " .

ان هذا النص يواجه - بدون شك - الحالة التي يتعلق فيها الأمر بدعوى الاستحقاق (action en revendication) أي تلك الدعوى التي يرفقها مالك العقار على الحائز لهذا العقار مثلاً ، ويطلبه بأن يميده اليه العقار والثمار

(1) نقض مدني فرنسي 1928/12/17 منشور بدالوز الدوري لسنة 1929 ، ص 52 ، ومحكمة الاستئناف بدوى قرار : 1949/05/30 ، المنشور بدالوز لسنة 1949 ، ص 592 ، مع تعليق الأستاذ : ج . ل . ، Cass. Civ. 17 Déc. 1928 ; D.H 1929 ، 52 ; Douai 30 Mai 1949 ; D. 1949. 592 ; note H.L.

(2) ستارك / القانون المدني ، الالتزامات ، باريس 1972 ، بند 1669 ، وبند 1678 وما بعده . ، STARCK ; droit civil ; les obligations ; Paris 1972 .

مما ، فيستطيع حائز العقار اذا كان حسن النية أن يتمسك بتملكه الثمار ولا يعيدها الى المالك ، ويستجيب القضاء الى طلبه . وفي نظرنا لا يوجد ما يطمح من تطبيق هذا الحكم على حالة ما اذا تلقى الحائز من المالك ملكية المين بمقد باطل أو عقد قابل للإبطال ، فاذا امتنع بطلان العقد أو إبطال هذا العقد بحكم ، فان النتيجة الحتمية التي تترتب عليه هو أن يستعيد المالك المين من حائزها ، واذا ما أقيمت مسألة التمسار فقياسا على دعوى الاستحقاق نرى أن حائز العقار بمقد باطل أو بمقد قابل للإبطال يملك الثمار من تاريخ حيازته للمين المبيعة الى يوم اعادتها للمالك مادام حسن النية ، أي غير عالم بالميب الذي شاب التصرف والذي أدى الى بطلانه أو الحكم بإبطاله .

على أنه اذا كان حسن النية لدى أحد أطراف التصرف يعتبر حائلا دون الزامه بأن يعيد الى الطرف الآخر الثمار التي تلقاها من تاريخ اجراء التصرف الى حين تقرير بطلانه أو الحكم بإبطاله أو بيان يمين قيمتها ، فان سوء النية يترتب عليه عكس ذلك إذ أنه يؤدي الى نتيجة عكسية ، أي في حالة ما اذا كان المتصرف اليه عالما بأن التصرف الذي أدى الى انتقال الملكية اليه غير صحيح فان المتصرف اليه يضطر ملزما بإعادة الشيء موضوع التصرف والثمار المتولدة عنه ، (المادة 838 مدني) ، فان استحال عليه ردا الثمار كأن يكون قد استهلكها ، مثلا فشأنه يكون ملزما برده قيمتها وقت الاسترداد . ولكن يجوز له أن يطالب المالك باسترداد ما أنفق في انتاجها .

المشآت والقراس : قد يشتري شخص عقارا فيشيد فوقه بناء أو يقيم فيه غراسا ، فاذا ما لحقه البطلان أو تقرر إبطاله ، فحينئذ يشار تساؤل يتعلق ببيان ما اذا كان من حق من قام بعملية البناء أو القراس الحصول على تمويض أو لا ؟

(1) وهو الحكم الذي اعتمدته المشرع الفرنسي بالقانون رقم : 60-64 المؤرخ 7 / 7 / 1960 / 05 والمعدل لأحكام المادة 549 مدني ، أما في القانون المدني الجزائري ، فان المشرع لم ينص على مثل هذا الحكم . غير أننا نرى ضرورة اعتماده حتى في إطار القانون الجزائري وان كان هذا الحكم قد يشترط بالحائز ، خاصة اذا ما لوحظ أن الاثمان في ارتفاع مستمر ، ولكن هذا الحائز نظرا لسوء نيته لا يستحق أية حماية .

بالرغم من سكوت المشرع عن حكم هذه الحالة فإننا نرى ضرورة تطبيق حكم المادتين 784 و 785 من القانون المدني⁽¹⁾ المتمثلتين بالتصاق منقول بمقار ، ومن استقراء هذه المواد يمكن التفرقة بين وضعين :

الوضع الأول : يفترض فيه أن يكون الباني أو القائم بالفراس ، أو أحدهما يملكه على أرض بموجب عقد باطل ، وفي هذا الافتراض فإن الباني لا يخلو ممن أن يكون حسن النية أو سيئها .

- فإذا كان الباني أو القائم بالفراس أثناء قيامه بالبناء أو بالفراس يعلم أن عقده باطل ، وأنه لا يمكنه أن يملك هذه الأرض بموجب العقد الباطل فإنه يكون سيئ النية ، مع الأخذ بعين الاعتبار بأن سوء النية مسألة واقع يرجع فسي تقديرها إلى قاضي الموضوع ، وفي هذا الفرض يكون من حق مالك الأرض الذي استعاد أرضه أن يطالب الباني أو الفارس بإزالة البناء أو الفراس على نفقة هذا الأخير ، وله الحق أيضا في أن يختار استبقاءهما ليمتلكهما بالتصاق ، ولكنه يلزم بأن يدفع إلى الباني أو الفارس مقابل تملكه للبناء أو الفراس قيمة البناء أو الفراس مستحقا لإزالة أو قيمة ما زاد في ثمن الأرض بسبب المنشآت المستحدثة بها (المادة 784/1 مدني) .

- أما إذا كان الباني لا يعلم ببطلان العقد ، وكان يعتقد أنه أقام البناء فوق أرض مملوكة له ، فإنه يكون حسن النية ، وفي هذا الفرض يكون له الخيار بين أن يطلب إزالة المنشآت أو يطلب التصويض ، فإذا هو اختار الإزالة فليس لصاحب الأرض أن يجبره على إبقائها⁽³⁾ ، وإذا اختار إبقائها فلا يلزمه مالك الأرض بإزالتها ، بل يلزم بتملك البناء بالتصاق على أن يدفع إلى الباني أدنى القيمتين : قيمة المواد مع أجره العمل ، أو قيمة ما زاد في ثمن الأرض (المادة 785/1 مدني) على أن الباني أو الفارس إذا كان من حقه أن يطلب نزع المنشآت أو الفراس فإن ذلك مقرر بشرط ألا يلحق ضررا بالأرض بسبب نزع تلك المنشآت أو الفراس .

(1) وتقابلهما المادتان 924 و 925 مدني مصري ، والمادتان 928 و 929 مدني ليبي .

(2) الدكتور علي سليمان / شرح القانون المدني الليبي ، الحقوق المدنية الأصلية والتبعية ، منشورات جامعة بنغازي ، الطبعة الأولى 1976 ، ص 188 .

(3) الدكتور علي سليمان / المرجع السابق ، ص 191 .

هذا ، ويجوز لمالك الأرض أن يتنازل عن ملكيته لمن أقام المنشآت مقابل تصويض عادل إذا كانت تلك المنشآت قد بلغت حداً من الأهمية بحيث أصبح دفع قيمتها مرهقاً لمالك الأرض (المادة 785/2) .

الوضع الثاني : إذا كان الباني قد اشترى الأرض بحقد قابل للإبطال ، وقام بعملية البناء أو الفسار ، ثم صدر حكم بإبطال العقد ، وترتب عليه تطبيق فكرة الرجعية للإبطال فإن الباني يعتبر غير مالك إطلاقاً لهذه الأرض ، ومن ثم فإنه يكون قد بنى على ملك الغير ، فإذا ما أثبتت قيمة البناء أو الفسار فيفتعين التفرقة بين ما إذا كان الباني قد بنى وهو عالم بعيوب العقد من عدمه ، فإذا كان قد قام بعملية البناء وهو يعلم بعيوب العقد ، فإنه يعتبر سبباً في النية ، ولذلك فيسرى بشأنه حكم المادة 784 مدني ، أما إذا لم يكن عالماً بعيوب العقد فإن كان يعتقد أن الأرض ملك له ، ومن ثم فله حق البناء عليها ، فإنه يفترض فيه أن بناءه أقيم بحسن نية ، ومن ثم تطبق عليه أحكام المادة 785 مدني (1) .

ج) حكم المصاريف :

وتثار مسألة المصاريف في حالة ما إذا تقرر بطلان أو إبطال تصرف ما ، وأدى ذلك إلى إعادة الشيء موضوع التصرف إلى صاحبه الأصلي ، فلو أن الحائز بحققتي السند الباطل كان قد تحمل مصاريف ، فما حكم هذه المصاريف ؟ فهل يلزم مسترد الشيء بأن يدفعها إلى الحائز ، أو تعتبر ذمته بريئة من هذا الالتزام ؟ بالرجوع إلى أحكام القانون المدني يتضح أن المالك إذا استرد ماله من الحائز فإنه يكون ملزماً بأن يرد إلى هذا الأخير ما تحمله من مصروفات ، غير أن نطاق الاسترداد يختلف باختلاف طبيعة هذه المصروفات من حيث كونها ضرورية أو نافعة أو كمالية .

فإذا كانت هذه المصروفات ضرورية أي مصروفات غير عادية يتمين اتفاقاً للمحافظة على الشيء كنفقات الترميم للحفاظ على البناء من الانهيار ، فإن المالك يكون ملزماً بأن يعيد إلى الحائز هذه المصاريف سواء كان هذا الحائز حسن النية أو سيئها لأن المالك نفسه كان سيضطر إلى دفعها لو أن الشيء كان في

(1) الدكتور السنهوري / الوسيط ، أسباب كسب الملكية ، الجزء 9 ، بند 107 ، ص ص 296 - 297 .

حيازته ، وهو ما نصت عليه صراحة المادة 839 / 1 مدني بقولها "على المالك الذي يرد إليه ملكه أن يدفع إلى الحائز جميع ما أنفق من المصروفات الضرورية".

أما إذا كانت تلك المصروفات نافعة ، وهي مصروفات ينفقها الحائز ليس للمحافظة على الشيء ، أو لانقائه من الهلاك ، بل لتحسينه وزيادة قيمته ، ولا كشار من طرق الانتفاع به ، كادخال الكهنة أو المياه الجارية في العقار ، فهذه المصروفات تعتبر نافعة لأن المالك لم يكن ملزماً بالقيام بها لو بقيت الأرض في ملكه ، غسير أنها مصروفات من شأنها الزيادة في قيمة المين وتحسين الانتفاع بها .

وإذن ، فبالنسبة إلى حكم هذه المصروفات نجد مشروعنا قد أحال بموجب المادة 839/2 مدني على أحكام المادتين 784 و 785 من القانون المدني (1).

ويترتب على تطبيق أحكام المادتين 784 و 785 أنه إذا كان الحائز حسن النية ، وأنفق مصروفات نافعة فإن المالك يلزم برد أقل القيمتين : ما أنفق المالك الحائز فعلاً ، أو مبلغاً يساوي قيمة ما زاد في ثمن المين بسبب المصروفات ، تطبيقاً لقواعد الإثراء بلا سبب التي تلزم بدفع أقل القيمتين : قيمة الافتقار أو قيمة الاغتناء .

أما إذا كان الحائز سعي النية ، فيكون للمالك الحق في أن يطالبه بإزالة التحسينات التي أحدثها ، أو أن يقرر استبقائها ، على أنه إذا طلب الإزالة فيتمتع عليه التقدم بهذا الطلب خلال سنة من يوم علمه بإجرائها ، مع ملاحظة أن الإزالة تكون على نفقة الحائز ويلتزم أيضاً بالتصوير إن كان له محل ، أما إذا رأى المالك استبقائها فإنه يلزم بأن يدفع إلى الحائز أقل القيمتين : قيمة التحسينات المستحقة ، أو مبلغاً يساوي ما زاد في قيمة المين بسبب التحسينات .

وأما إذا كانت المصروفات كمالية ، وهي مصروفات لا تعود بنفع كبير على المين ، وإنما أنفقها الحائز بقصد تزسين المين وتجميلها على الوجه الذي يبتغيه للاستعمال الشخصي كتوسيع حديقة المنزل ، أو وضع فوارة بها ، أو التفتيش في انارة ممرات الحديقة ، وصهرج السباحة وما إلى ذلك ، فإنه " ليس للحائز أن يطالب بشيء منها (وإن كان) يجوز له أن يزسل ما أحدثه

(1) يراجع ما سبق صفحة 344 من هذه الرسالة .

من المنشآت بشروط أن يرد الشيء (إلى) حالته الأولى إلا إذا اختار المالك أن يستبقها مقابل دفع قيمتها انقضاء ، أو مستحقة الإزالة * (المادة 839/3 مدني) ، وإذا كان المشرع قد يتدخل أحيانا ليعين كيفية الاسترداد ، وطريقة تحديد ، مثل ما فعل في الصور السابقة فما هو الحكم لو سكت عن ذلك ؟

إن المقرر في هذا الصدد هو أن من استحال عليه الرد يلزم بأن يدفع السي الطرف الآخر تصويضا عادلا (المادة 103/1 مدني جزائي) مع ملاحظة أن هذا التصويض لا يسوئس على العقد الباطل لأن هذا الأخير يصبح واقعة مادية ، وترتبا على ذلك ، فإذا هلك الشيء المبيع مثلا في عقد بيع باطل وهو في يد المشتري بخطأ منه ، فالمشتري يصبح ملزما برد قيمة المبيع وقت الهلاك طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية ، كما أن البائع يكون ملزما برد الثمن استنادا إلى أحكام دفع غير المستحق (1) .

هذا ، إذا كان التصرف من التصرفات الفورية ، أما إذا كان التصرف دوريا كمقد إيجار مثلا ، فإن البطلان لا يكون من شأنه إزالة الاعتصاف الذي حصل عليه المستأجر ، ولذلك فإن هذا الأخير يكون ملزما بدفع قيمة إيجاره ، كما أن بطلان عقد عمل يترتب في ذمة رب العمل التزاما بدفع مقابل للعامل عن العمل الذي أنجزه ، على أن هذا المقابل لا يكون مساويا للمبلغ الذي سبق تعيينه في العقد الباطل بل يتعين تقديره طبقا للخدمات المقدمة من طرف العامل (2) ، وتأكيذا لهذا المصنف قررت محكمة النقض الفرنسية أن العقد الباطل لا يمكن أن ينتج أي أثر ، وإذا تم تنفيذه تمسك إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد ، غير أنه إذا استحال على الطرفين أن يرد كل منهما ما تلقاه من الآخر نظرا لطبيعة الالتزامات ، فإنه يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار قيمة الأداءات التي قدمها كل منهما والفائدة التي حصل عليها الآخر من جراء ذلك (3) .

- (1) الدكتور السنهوري / الوسيط ، ج 1 ، بند 337 ، ص 588 - 589 ، والدكتور محمد كامل موسى / المرجع السابق ، ص 522 .
- (2) السنهوري / الوسيط ، ج 1 ، بند 338 ، ص 589 ، ومازوا / المرجع السابق ، بند 332 ، ص 273 ، ومارتي ورينو / المرجع السابق ، بند 213 مكرر ، ص 193 - 194 ، وهما يريان بخصوص تقدير الخدمة المقدمة الاستعانة بالعقد الباطل لتحديد قيمة التصويض عنها .
- (3) نقض مدني 1957/04/08 منشور في ج . م . د . 1957 G.P. ، ج 1 ، ص 143 مع تعليق مازو .

ويسرد على هذا المبدأ قيدان تتعرض لهما بشيء من التحليل ،

2 - القيدان الواردان على المبدأ العام :

إذا كان المبدأ العام يقتضي إعادة الطرفين إلى الوضع الذي كانا عليه قبل تنفيذ التصرف الباطل أو الذي حكم بإبطاله ، أو متى بدى في تنفيذ ، ومن ثم يصبح كل طرف ملزماً بأن يعيد إلى الطرف الآخر ما تلقاه منه ، فـإنـه يرد على هذا المبدأ قيدان : يتعلق أولهما بناقص الأهلية ويختص ثانيهما بمخالفة الالتزام للآداب العامة التي تقرر أنه " لا يجوز للآثم أن يستفيد من أثمه " وفيما يلي تحليل كل منهما :

- القيد الأول : المتعلق بناقص الأهلية :

إذا كانت القاعدة العامة هي أن للبطالان أثراً رجعياً ، فإنه يرد على هذه القاعدة قيد أول يتعلق بحماية ناقص الأهلية إذ أفرد له المشرع حكماً خاصاً يتضح مما نصت عليه المادة 103/2 بقولها " ... لا يلزم ناقص الأهلية إذا أبطل العقد لنقص أهليته ، أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد " . وفاد هذا النص أنه إذا أبطل عقد بيع بسبب نقص أهلية البائع مثلاً التزم هذا الأخير برد ما عاد عليه من منفعة فقط من الثمن الذي تلقاه ، وترتيباً على ذلك ، فإذا باع القاصر عينا مملوكة له ، وصرف جزءاً من الثمن الذي قبضه في مجال اللهو والقمار ، وأنفق الجزء الآخر فيما عاد عليه بالنفع كما إذا اشترى به عقاراً آخر. مثلاً أو أنفقه في مواصلة الدراسة والبحث العلمي ، ثم أبطل عقد البيع الذي أبرمه بسبب نقص أهليته فإن المشتري (كامل الأهلية) يكون ملزماً برد المبيع كله ، أما البائع (ناقص الأهلية) فلا يلزم برده الثمن كاملاً إلى المشتري وإنما يعيد ما عاد عليه بالمنفعة فقط دون الجزء الذي أنفقه في مجال اللهو . والطرف . والسبب الذي حداً بالمشرع إلى إقرار هذه القاعدة يكمن في حماية القاصر لأن القول بخير ذلك يؤدى إلى تعجيز القاصر عن طلب الإبطال ، وهذا من شأنه أن يجعل الحماية المقررة له قانوناً مجرد حماية صورية ، وفي حالة الرد ، فرد القاصر يقتصر على أقل القيمتين : قيمة ما أخذ ، أو قيمة المنفعة التي عادت عليه (2) ، لأن

(1) الدكتور أنور سلطان / المرجع السابق ، بند 228 ، ص 271 .

(2) الدكتور محمد كامل مرسي / المرجع السابق ، ص 523 .

القول بوجوب رد الثمن كله فيه اجحاف بمصلحة ناقص الأهلية.

كما أن المشرع قد هدف من وراء هذا الحكم أيضا إلى منع الغير من اللجوء إلى التعاقد مع القاصر بقصد الإضرار بمصالحهم (1) ، خاصة وأنهم ثبت من الناحية العملية أن ناقصي الأهلية غالبا ما يجرون تصرفات غير قانونية للحصول على المال اللازم ، لا نفاقه في مسائل لا تجديهم نفعا ، وتحقيق مصلحة ناقص الأهلية طالما أنه استعمل المال أو الشيء الذي حصل عليه بمقتضى العقد الذي تقرر ابطاله فيما عاد عليه بفائدة حتى لو هلك الشيء أو نقصت قيمته بعد شرائه (2) وعلى من يدعى أن فائدة عادت على ناقص الأهلية أن يقوم باثبات ذلك حسب القواعد العامة في الإثبات (3) ويجب الاعتداد بحالة ما إذا كان التصرف قد عاد عليه بالمنفعة أولا بتاريخ رفع دعوى الإبطال وليس بتاريخ إبرام التصرف (4).

هذا ، والحكم الذي أوردته المادة 103/2 المتعلقة بالزام ناقص الأهلية بإعادة ما عاد عليه بالمنفعة فقط بسبب تنفيذ العقد الذي تقرر ابطاله يعتبر تطبيقا لقاعدة عامة ورد النص عليها في مجال دفع غير المستحق في المادة 148 مدني جزائري التي جرى نصها على النسق التالي " إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملزما إلا بالقدر الذي أثرى به " والحكم الذي أوردته هذه المادة حكم عام ، ولذلك يسرى على القاصر بقطع النظر عن كونه حسن النية أو سيئها (5).

وفي هذا الإطار نشير إلى أن حق طلب الإبطال لنقص الأهلية خاص بالقاصر وحده ، أما الطرف الآخر الذي أجرى التصرف معه فليس له الاستفادة من هذا الحكم إلا إذا كان عوبدوره قابلا ، كما أن هذا الحكم هو الواجب التطبيق بالنسبة إلى الطرف المتضامن مع ناقص الأهلية ، أو بالنسبة إلى كفيه .

(1) مازو / المرجع السابق ، بند 333 ، ص 273 ، وبلا نيول وريبير واسمان / المرجع السابق ، بند 323 ، ص 409 .

(2) الدكتور محمود جمال الدين زكي / المرجع السابق ، بند 135 ، ص 135 ، ص 264 .

(3) بودري لاكانتري / المطول النظري والعملي للقانون المدني ، الالتزامات ، ج 3 ، بمساعدة بارد و أوبري ورو / ج 4 ، بند 336 ، هامش (5) .

(4) أوبري ورو / ج 4 ، بند 336 ، هامش رقم (6) ورقم (8) .

(5) الدكتور أنور سلطان / المرجع السابق ، بند 228 ، ص 272 .

ففيما يخص الطرف المتضامن معه فإنه لا يستفيد من الحق المخول لناقص الأهلية ليطلب بإبطال التصرف على هذا الأساس طالما أن الالتزام قابل للانقضاء، أما إذا كان الالتزام غير قابل للانقضاء فإن التزام المتضامن يصبح مرتبطاً بالتزام ناقص الأهلية، ومن ثم يصبح بدوره قابلاً للإبطال⁽¹⁾ كما أن كفيل ناقص الأهلية غير المتضامن معه لا يمكنه أن يستند إلى هذا الحق إذا كان عالماً بنقص أهلية المكفول (المادة 654/2 مدني).

القيد الثاني: مخالفة الالتزام للأداب: وهذا القيد خاص بتطبيق القاعدة الشهيرة التي تقرر أنه "لا يجوز للآثم أن يستفيد من اثمه"⁽²⁾.

"NEMO AUDITOR PROPRIAM
TURPITUDINEM ALLEGANS"

⁽¹⁾ مضمون هذا القيد: إذا كان الأصل أن البطلان يؤدي إلى إعادة طرفي التصرف إلى الوضع الذي كانوا عليه قبل إنشاء التصرف ومن ثم إلى الزام كل من الطرفين بأن يحمي إلى الآخر ما أخذه منه إن حصل تنفيذ لهذا التصرف أو بدو في تنفيذه، فإلى جانب القيد السابق المتعلق بناقص الأهلية، يوجد قيد ثان يرد على الأصل العام ويتعلق بالطرف الملوث الذي لا يجوز له أن يسترد ما دفعه أعمالاً للبداء المستقر عليه من أنه "لا يجوز للآثم أن يستفيد من اثمه".

(1) أوبري ورو / المرجع السابق، ج 4، بند 335 والهامش رقم (15)، وكوتيرييه / مقاله في العقود والالتزامات، المنشور بمجموعة التوثيق، المرجع السابق، المجموعة في 128 - 130، بند 21.

(2) يراجع في مصطلحات هذه النظرية: لو. رنو / قاعدة "لا يجوز للآثم أن يستفيد من اثمه" رسالة من جامعة باريس 1969، وسافي - سيزار / رفض الدعوى بسبب شناعة السلوك، رسالة من جامعة ليون 1930، وساجي / العقد الأخلاقي، رسالة من جامعة باريس 1930، وفليب مالوري / العقود المخالفة للنظام العام، رسالة من جامعة باريس 1951. LE TOURNIEU, la règle NEMO AUDITOR..., thèse 1951. Paris 1969; SAVEY-CESARD, le refus d'action pour cause d'indignité, thèse Lyon 1930; SAIGET, le contrat immoral, thèse Paris 1930; Philippe MALAURIE, les contrats contraires à l'ordre public, thèse Paris 1951.

وبناءً على ذلك ، فلو وضع أحد طرفي التصرف دعوى بطلان وطالب به بالاسترداد استناداً الى تلوثه ، فالدعوى الاسترداد تكون مرفوضة ، أما الطرف الآخر غير الملوث ليس هناك ما يمنعه من أن يتمتع بالآثار المقررة للبطلان ، ومن حقه الاقتناع بتنفيذ التصرف ، واسترداد ما دفعه الى الطرف الملوث .

(ب) مصدر هذا القيد ومدى اعتماده من طرف القضاء والتشريع المقارن : لو بحثنا

عن أساس هذا القيد لوجدنا مصدره في القانون الروماني ، الذي كان يلحق بسـمـه مبدأ آخر يمتنع في حقيقته أثراً مترتباً عليه ، وموداه " أنه في حالة التلوث يزول حق الاسترداد " (IN PARI CAUSA , TURPITUDINIS CESSAT REPETITIO)

وقد كان لهذا المبدأ أثره في الفقه الفرنسي القديم ، ثم في القضاء الفرنسي الذي أخذ به في الكثير من القضايا المصروضة عليه وطبقه في البداية على كل التصرفات ولكنه سرعان ما عدل عنه وقصره على العقود المخالفة للأداب العامة (أي فسي نطاق العلاقات الجنسية) .

(2) وقد كان لهذه القاعدة تأثير في القضاء المصري إذ اعتمدها في كثير من أحكامه ولم يخرج عنها الا في القليل النادر من الحالات ، فضلاً عن أن بعض التشريعات الحديثة قد قننت هذه القاعدة كالقانون المدني الألماني (المادة 817) وتقنين الالتزامات السويسري (المادة 66) والمشروع الفرنسي - الإيطالي (المادة 27 / 2) والمصري (الفصل 72) . (3)

(1) بيرو / الدفع بعدم الاستفادة من الاثم في القضاء المعاصر ، منشور في ج . س . ب لسنة 1952 هـ ج 1 ، بند 1029 . BÉREAU ; l'exception d'indignité dans la jurisprudence récente, JCP , 1952.I.1029.

ومارتي ورينو / الالتزامات ، بند 213 ، ص 192 .

(2) على أساس أن دور القضاء لم يوجد لسماع الفحش وللمساعدة مرتكبه ، بل أن الحكم بعدم الاسترداد هو جزاء له على فحشه . يراجع : مؤلف الدكتور أنور سلطان / المرجع السابق ، بند 229 ، ص 272 .

(3) يجري نص الفصل 72 من قانون الالتزامات والعقود المصري الصادر بتاريخ 12/08/1913 على النسق الآتي : " يجوز استرداد ما دفع لسبب مخالف للقانون ، أو للنظام العام ، أو للأخلاق الحميدة " .

أما القانون المدني الجزائري ، فقد جاء خلوا - شأنه في ذلك شأن القانون المدني المصري⁽¹⁾ - من نص مقتن لهذه القاعدة ولعل السبب فسي ذلك هو الانتقادات التي تعرضت لها هذه القاعدة ، إذ عيب عليها أنها تنافي المنطق ولا تستجيب لمقتضيات العمل . فأما أنها تنافي المنطق ، فذلك لأن الاسترداد يجب أن يكون جائزا في كل الأحوال أعلا لمنطق البطلان الذي يقتضي زوال التصرف بأثر رجعي ، وأما كونها لا تتماشى مع مقتضيات العمل فلأن الاسترداد يجب ألا يقتصر على حالة دون أخرى ، بل يعمين أن يشمل كل حالات البطلان لأن القول بغير ذلك يؤدي الى نتائج خطيرة كإبقاء الموظفين على ما قدم اليه من رهوة ، و المأجور لارتكاب جريمة على ما تلقاه مقابل ارتكابه لهذه الجريمة⁽²⁾ ويؤدي بالتهمة الى اثراء الطرف غير الملوث على حساب الطرف الآخر (أي الملوث) .

وفضلا عن ذلك ، فإن القواعد العامة كفيلة بمعالجة المسائل التي طبقت بشأنها القاعدة الرومانية ، فلو أريد مثلا حرمان الخليل من استرجاع المبالغ التي دفعها الى خليلته ، فانه لا حاجة لتأسيس ذلك على القاعدة الرومانية ، بل نكتفي بتطبيق القواعد العامة في التصويف والتي تقر اعطاء الحق لمن مست في سميتها وكرامتها ، استبقاء المال الذي دفع اليها⁽³⁾ .

غير أن سكوت المشرع الجزائري عن تقييم القاعدة الرومانية وعدم النص عليها صراحة في القانون المدني لا يمنع القضاء من تطبيقها مستقبلا ، إذ أن هذه القاعدة بالرغم من الانتقادات الموجهة اليها لازالت مطبقة في الكثير من الأنظمة القانونية ، ولذلك فانه استجابة لمعطيات التحليل القانوني نتعرض لأساس هذه القاعدة ، وبيان مجال تطبيقها .

(1) هذا ، والمشروع التمهيدى للقانون المدني المصري كان يحتوى على فقرة ثالثة من المادة 201 نص فيها على انه " لا يجوز لمن وفي بالتزام مخالف للأداب ان يسترد ما دفعه الا اذا كان هو وفي التزامه لم يخالف الآداب " غير أن لجنة المراجعة قررت حذفها على أساس أنها لا تتماشى مع منطق البطلان واقتصر المشروع النهائي على الفقرتين في المادة 146 (تراجع مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج 2 ، ص 257 - 258) .

(2) الدكتور السنهوري ، الوسيط ، ج 1 ، بند 338 ، ص 592 .

(3) الدكتور السنهوري / المرجع والموضع السابقان .

جـ) أساس تطبيق قاعدة " لا يجوز للآثم أن يستفيد من اثمه "

لقد كان تطبيق هذه القاعدة مصدر جدل فقهي كبير ، فقد ارتأى بعض الفقه أن اعتماد هذه القاعدة يهدف أساسا إلى تحقيق مبدأ " كرامة القضاء " الذي يمنع القضاء من الفصل في المسائل غير الأخلاقية .

غير أن هذا الرأي لم يصد أمام الانتقادات الموجهة إليه ، ذلك أن الواقع المملي يثبت أن القضاة يفضلون يوميا في مسائل غير أخلاقية كالجرائم الماسة بالشرف مثلا ، ومع ذلك لم يقل أحد بأن كرامتهم أديست من جراء ذلك .

و فضلا عما سبق ، فإنه لو رغب في إبعاد القضايا المدنية المنطوية على عنصر التلوث فإنه لا يتعين الوقوف عند حد رفض طلب الاسترداد ، بل يتعين رفض دعوى البطلان أيضا (1) .

- ونذهب فريق آخر إلى أن قاعدة " لا يجوز للآثم أن يستفيد من اثمه " ليست سوى تطبيق لفكرة النظام العام الذي يعتبر حسن الآداب أحد العناصر المكونة لها ، على أساس أن فكرة النظام العام مرنة ، وأن مرونتها تساعد على تفسير موقف القضاء إلى حد بعيد سبب رفضه أو استجابته لمسألة طلب الاسترداد (2) .

على أن بعض الفقه الآخر يرى أن الحلول القضائية المتعلقة بقاعدة " لا يجوز للآثم أن يستفيد من اثمه " تجد تفسيرها في اعتبارات عملية ، ذلك أن القضاة يحاولون في كثير من الأحيان تطبيق الحل الأشد قسوة ، مراعين في ذلك الهدف المبتغى تحقيقه من وراء وضع القاعدة القانونية التي تم خرقها (3) كما أن القضاة يراعون غالباً درجة تلوث كل من طرفي التصرف ، ويقررون تبعاً لذلك الاسترداد للطرف الأقل تلوثاً ، أما إذا كان طالب الاسترداد في نفس درجة تلوث المدعى عليه في دعوى الاسترداد ، فإن القضاء لا يحول بينه وبين الاسترداد الذي يطالب به (4) .

(1) كولان وكابيتان / المرجع السابق ، بند 792 .

(2) مارتى ورينو / المرجع السابق في الالتزامات ، ج 2 ، بند 213 ، ص 191 .

(3) يراجع : هيمار HEMARD في تعليقه على حكم صادر من محكمة النقض الفرنسية ، الضربة الجنائية بتاريخ : 5 جوان 1947 ، منشور في ج . س . ب J O P لسنة 1946 ، الجزء الثاني ، بند 2955 ، ومارتى ورينو / المرجع السابق ، بند 213 ، ص 191 .

على أنه أيا كان الأساس المعتمد لتفسير القاعدة الرومانية ، فإن المقرر أن القضاة يتمتعون بصدد تطبيق هذه القاعدة بسلطة تقديرية واسعة أي أن الاستجابة لطلب الاسترداد من عدمه تبقى خاضعة لتقدير القاضي ، ولعوامل حسن ، إذ أن عدم وجود موقف موحد من طرف القضاة ، والتشريع ، وإبقاء عنصر الشك الذي يحوم حول هذا الحق سيكون مدعاة لمنع الكثير من الأفراد من اجراء تصرفات غير أخلاقية ، لأنهم سيجدون أنفسهم غير متأكدين مسبقاً من أنهم سيتمتعون باسترداد ما قد موه من أدايات .

د (نطاق تطبيق قاعدة " لا يجوز للأتم ان يستفيد من ائمه " :

وفي تحديد نطاق تطبيق هذه القاعدة ، فإن المصيار الفقهي المقترح - مع العلم بأنه ليس حاسماً - والمستمد من الأحكام القضائية الفرنسية هو التمييز بين التصرفات غير المشروعة ، والتصرفات غير الأخلاقية ، وقصر الاستجابة للطلب الاسترداد بالنسبة الى النوع الأول . من التصرفات دون النوع الثاني (1) . وتطبيقاً لهذا المصيار ، فإن القضاء الفرنسي قد استقر على الاستجابة لطلب الاسترداد متى كان التصرف غير مشروع ، أي تم اجراءه بالمخالفة للقاعدة القانونية ، وأما اذا كان التصرف غير أخلاقي ، فإنه لا يمكن الاستجابة لطلب الاسترداد . وكمثال على ذلك نشير الى انه اذا كان القضاء الفرنسي قد أجاز الاسترداد في حالة ما اذا كان الثمن المصرح به أقل من الثمن الحقيقي بصدد بيع عقار أو محل تجاري (2) فإن مثل هذا التصرف وإن كان غير مشروع فإنه ليس غير أخلاقي ، فنجدد - على خلاف ذلك - قد رفض الاسترداد بشأن العقود المتعلقة ببيوت الدعارة سواء تعلق الأمر بايجارها (3) ، أو ببيعها (4) أو بتقديم قرض بنية شرائها (5) ، لأن هذه التصرفات

-
- (1) فلور وأوبير / المرجع السابق ، بند 368 ، وجورج ريمير / القاعدة الخلقية في الالتزامات ، بند 107 ، وطامبده ، بونيسار ويلونديل / المرجع السابق ، بند 171 .
 (2) نقض فرنسي ، 11 أوت 1941 ، منشور بسيره لعام 1942 ، ج 1 ، ص 42 .
 (3) على سبيل المثال نقض مدني فرنسي 15/11/1931 منشور في . . . 1939 ، ج 1 ، ص 194 .
 (4) على سبيل المثال : محكمة استئناف ليون في 02/11/1936 منشور بمجموعة سيريس - لسنة 1937 ، ص 96 .
 (5) نقض غرفة السرائض ، 1 أبريل 1895 ، منشور بد السوزالد ، وري لسنة 1896 ، ج 1 ، ص 289 ، مع تعليق أبير Appert .

تمتبر باطللة على أساس أن محلها مخالف للنظام العام و الآداب، أولاً لأن الدافع السي
اجرائها يتنافى مع الأخلاق الحميدة ، كما أن طلب الاسترداد يقابل بالرفض إذا ما كان
الهدف منه إقامة علاقة جنسية غير مشروعة ، أو استمرارها ، أو إرشاء موظف عام ،
أو إذا تعلق بقسوس مخصص لتسيير دار للقمار⁽¹⁾.

على أن هذا الميار الذي اعتمده القضاء الفرنسي لتحديد نطاق تطبيق هذه
القاعدة لا يمكن اعتماده كميار حاسم ، لأننا بالمقابل له نجد القضاء الفرنسي
تبنى وجهة نظر مخالفة في حالات أخرى إذ استجاب فيها الى طلب الاسترداد على
الرغم من أن العقد كان باطلا لمخالفته للآداب العامة⁽²⁾ في حين أنه رفض
طلب الاسترداد بصدد عقد غير مشروع لمخالفته لقاعدة قانونية⁽³⁾ على أن
خروج القضاء الفرنسي أحيانا عن تطبيق الميار الآنف الذكره يرجع الى رغبة القضاة
في الحيلولة دون وضع ميار جامد يجعل الأفراد يتوقعون حكم القضاء ، وحتى لا
يقدم هو لاء على اجراء تصرفات وهم عالمون مسبقا بأنه سيكون من حقهم الاسترداد
إذا ما تقرر بطلان التصرف الذي قاموا باجرائه⁽⁴⁾.

المطلب الثاني

الآثار المترتبة للتصرف الباطل

من المقرر أن التصرف لا يرتب الالتزامات في ذمة طرفيه إلا إذا كان صحيحا .
غير أن هناك حالات يرتب فيه التصرف بعض الآثار بالرغم من كونه باطلا ، على أن هذه
الآثار لا تترتب عليه بصفته تصرفا قانونيا ، بل باعتباره مجرد واقعة مادية ،
وذلك سميا الى الحيلولة دون تطبيق آثار البطلان بصفة صارمة وانقضاء
بعض التصرفات من فكرة الرجعية التي تقر عادة للبطلان .

(1) تراجع في هذا الصدد : الأحكام القضائية المختلفة التي أوردها الأستاذ : كوتيرييه
في مقاله المنشور بمجموعة الوثائق ، المشار اليه سابقا ، رقم : 128 ، 130 ، بند 30
وما بعده .

(2) نقض غرفة المرافعة ، 15/02/1877 منشور بد الوز الدوى 1877 ، ج 1 ، ص 250
وعرائض 06/01/1913 منشور بد الوز الدوى 1914 ، ج 1 ، ص 13 .

(3) محكمة استئناف بيزنسون 06/03/1895 ، منشور بد الوز الدوى 1895 ، ج 2 ،
ص 223 ، واستئناف بواتي 08/02/1922 منشور بد الوز الدوى 1922 ، ج 2 ،
ص 33 ، مع تعليق سافاتييه (SAVATIER) .

(4) تراجع ما سبق ص 353 من هذه الرسالة .

و الواقع هو أن الحالات التي يترتب فيها البطلان آثارا عرضية كثيرة ومتنوعة، غير أننا سنقتصر على دراسة ثلاث حالات لكثرة شيوعها في الحياة العملية وهي: المسؤولية المترتبة على التصرف الباطل، وحكم ما اصطلح على تسميته في الفقه الوضعي "بالزواج الظني"، ثم أحكام نظرية البطلان الجزئي، وتتناولها تباعا فيما يلي :

أولا : المسؤولية المترتبة على بطلان التصرف :

إذا كان بطلان التصرف يطرح مشكلة الاسترداد - كما رأينا - فإنه إلى جانب ذلك يطرح مشكلة أخرى تتمثل في المسؤولية المترتبة على بطلان التصرف، ذلك أن الطرف الذي يطلب الحكم ببطلان التصرف قد يلحق ضررا بالطرف الآخر وهو ضرر موءكد يتمثل في فوات الفائدة التي كان يقصد جنيها من العملية القانونية التي صدر فيها حكم بالبطلان، فهل يحق لهذا الطرف (1) أن يطالب بالتعويض عن الضرر الذي لحقه من جراء الحكم بالبطلان؟ وإذا كانت الإجابة على هذا التساؤل بالإيجاب، فهل هي الشروط المطلوبة لذلك؟ وما هي الآثار التي تترتب على تلك المسؤولية؟

٢) أساس المسؤولية المترتبة على الحكم ببطلان التصرف :

لقد كان تحديد أساس المسؤولية المترتبة على الحكم ببطلان التصرف محل اهتمام الفقه والقضاء والمشرعين في مختلف دول العالم، غير أن أهم نظرية قبل بها في هذا الصدد في نطاق المقود هي نظرية الفقيه الألماني اهرنج المصروفة تحت اسم نظرية الخطأ عند تكوين العقد CULPA IN CONTRAHENDO فما هو مضمون هذه النظرية؟ وما مدى تأثيرها على الفقه والقضاء والتشريع المقارن؟

١) تحليل مضمون نظرية اهرنج في أساس المسؤولية المترتبة على بطلان التصرف (2)

لقد انطلق الفقيه اهرنج في تكوين نظريته من الوضع القانوني الذي كانت

(1) يقصد بالطرف، "المدعى عليه" في دعوى البطلان.

(2) اهرنج /الخطأ في تكوين العقد أو التعويضات المستحقة في الاتفاقات الباطلة أو غير التامة، مختارات، ترجمة د. مؤلفي، ج 2، من صفحة 1 إلى ص 100. وفي تحليل هذه النظرية، يراجع: سالي /في المسؤولية المترتبة على مرحلة ما قبل التعاقد، مقال منشور بالمجلة الفصلية للقانون المدني لسنة 1907، ص 697، وروبييه /المسؤولية المترتبة في مرحلة تكوين العقد، رسالته من جامعة ليون 1911.

IHERING, De la culpa in contrahendo ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites, oeuvres choisies, traduction de Meulenaère, Tome 2, pp. 1-100; Saleilles, de la responsabilité précontractuelle revue trimestrielle de droit civil, 1907. 697; Roubier, la responsabilité précontractuelle, thèse Lyon 1911.

تعيشه ألمانيا آنذاك. ذلك أن القانون الروماني الذي كان مطبقاً بها لم يكن يسلم بالمبدأ القائل: "كل خطأ يترتب مسوؤه لية مدنية في ذمة مرتكبه"⁽¹⁾، ذلك أن الأعمال الضارة الموجبة للتعويض كانت محدودة بنصوص خاصة معينة، وهذا ما حدا بالفقيهين اهرنج الى أن يقرر أن الخطأ المرتكب أثناء تكوين العقد يعتبر خطأ عقدياً موجباً للتعويض طبقاً لقواعد المسوؤه لية المقاديس مستهدياً في ذلك ببعض نصوص القانون الروماني التي تسمح برجوع أحد المتعاقدين على الآخر بالتعويض بمقتضى دعوى العقد نفسها. وقد صاغ من ذلك قاعدة مفادها أن الخطأ عند تكوين العقد ينشئ التزاماً باعتبار ما تم بين المتعاقدين عقداً، ويترتب عليه تعويض باعتباره عقداً.

ولم يقصر اهرنج هذه القاعدة على الحالات التطبيقية الواردة في القانون الروماني، بل توسع فيها وصاغ منها مبدأ عاماً خلاصته "أن كل تعاقّد تسبب ولو بحسن نية - في إيجاد مظهر تعاقدي اطمأن اليه المتعاقّد الآخر بالرغم من بطلان العقد الذي قام عليه هذا المظهر، يلزم بمقتضى العقد الباطل ذاته ببيان يعض المتعاقّد الآخر عما أصابه من ضرر بسبب اطمئناؤه الى العقد، بحيث يرجع الى الحالة التي كان يصير اليها لو لم يتعاقّد"⁽²⁾. وتطبيقاً لذلك، اذا تقرر بطلان العقد، ألزم المتعاقّد الذي وجدت علة البطلان في جانبه - في نظر اهرنج - بتعويض المتعاقّد الآخر الذي اطمأن الى اتمام العقد بشرط أن يكون هذا الأخير حسن النية أي لا دخل له في سبب البطلان⁽³⁾.

وأما عن تبريره لهذا المبدأ، فإن اهرنج يرى أن الأشخاص حينما يبرمون عقوداً فإنهم يضمنون صحتها بطريقة ضمنية، ويلتزمون بضمان عدم الحاق أي ضرر بالطرف الآخر أي أن ارادتهم تتجه - بحسب الأصل - الى إبرام عقد صحيح، فإذا فرض أن أبطل ذلك العقد بسبب اخلال أحد المتعاقدين بهذا العقد الضمني فبان ذلك يعتبر اخلالاً من الطرف الذي تسبب في البطلان بجداً حسن النية، ونتيجة لذلك تترتب في ذمته مسوؤه لية تعاقدية دون حاجة الى اثبات أنه ارتكب خطأ، على أن الطرف الذي يطالب بالتعويض يجب عليه أن أراد الاستفادة من أحكام الاعفاء

(1) الدكتور السنهوري/ الوسيطه ج 1، المرجع السابق، بند 309، ص 553-554.

(2) الدكتور أنور سلطان/ المرجع السابق، بند 245، ص 289.

من مطالبته بالتصويض أيضا أن يثبت بأنه لم يرتكب أى خطأ ، وذلك عن طريق اثبات أنه لم يكن يعلم بسبب البطلان وقت إبرام العقد (1)

(2) ما مدى تأثير الفقه والقضاء والتشريع المقارن بنظرية اهرنج ؟

• موقف الفقه من نظرية اهرنج :

إذا كان بعض الفقه قد اعتد بنظرية اهرنج ، ودافع عنها كالفقيه سالي SALEILLES الذى يرى أن هذه النظرية ماهي الا تطبيق للمادة 1599 مدني فرنسي المتعلقة ببيع ملك الغير (2) وقرر بصدده تحليله لهذه المادة أن سبب التزام البائع بالتصويض في حالة كونه حسن النية لا يرجع الى أحكام المسؤولية التقصيرية لأنه لم يرتكب خطأ تقصيريا وإنما يرجع الى أساس أخلاقي له بمقد ضمان ضمني مفاده أن كل شخص يقدم على التعاقد يتعهد ضمنا بأن يضمن سلامة العقد ، أى الا يقوم من جانبه سبب يوجب بطلان العقد ، أما القبول الضمني لهذا العقد فيتضمن في رضا المتعاقد الآخر على التعاقد معه . ويتطلب القبول مع الإيجاب الضمينيين ينمقد عقد الضمان الضمني (3) فان الفالبيية من الفقه تستبعد هذه النظرية وتدحضها بمسندة حجج ، ومن أهمها مايلي :

(أ) ان هذه النظرية كانت وليدة الضرورة ، فقد نادى بها الفقيه اهرنج مضطرا الى مواجهة حاجات عملية أمام ضيق القانون الروماني ، أما في الوقت الحاضر فقد أصبحنا في غنى عن هذه النظرية طالما أن جميع التشريعات الحديثة قد استقرت على أن كل خطأ

(1) ستارك / مؤلفه في الالتزامات ، المرجع السابق ، بند 1684 .

(2) وقد سبق أن أوضحنا حكم هذا الفرض ، والخلافات الفقهية التي أثارت حصوله في صفحة 132 وما بعدها من هذه الرسالة .

(3) الدكتور السنيهورى / الوسيط ، ج 1 ، المرجع السابق ، بند 309 ، ص 555 . وزهدى يكن / المرجع السابق ، بند 361 ، ص 159 وهذا الفقيه هو الذى أشار الى أن فكرة عقد الضمان الضمني من خلق العلامة سالي بصدده تفسيره لنص المادة 1599 مدني فرنسي وذلك بصدده بحثه عن أساس التزام بائع ملك الغير بالتصويض إذا كان المشتري حسن النية ، وفي هذا المعنى يراجع أيضا : بلا نيول وريبير واسمان / المرجع السابق ، بند 324 ، ص 411 .

بذلك شخص ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض الأمر الذي يساعد على تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية (1)

(ب) ان فكرة العقد الضمني غير سليمة ، ذلك أن هذه النظرية تفتقر قيام عقد ضمني الى جانب كل اتفاق ، وهو أمر قل ما يفكر فيه المتعاقدان ، ثم ان فكرة العقد الضمني غير مستقيمة ، فلو فرض أن العقد الأصلي أبطل نتيجة نقص الأهلية أو عيب من عيوب الرضا ، أفلا يتصور أن يلحق هذا أيضاً العقد الضمني فيؤثر فيه كما أثر في العقد الأصلي ؟ (2)

وقد كان لهذين الا نقادين أثرهما في عدم نجاح هذه النظرية ، الأمر الذي حدا بالفقه الى البحث عن أساس آخر يسمح للمتعاقد المتضرر بالحصول على تعويض عن الضرر الذي لحق به . وقد استقر الفقه على أنه اذا جاز ان يسأل أحد المتعاقدين ، فإن مساءلته تتم بالرجوع الى فكرة المسؤولية التقصيرية وذلك استناداً الى أن العقد الباطل لا يزيد عن كونه واقعة مادية منتجة لأضرار عرضية بشرط أن تتوافر فيها شروط الخطأ التقصيري (3)

- رأي القضاء في نظرية اهرنج :

واذا كان الفقه في فرنسا قد استبعد نظرية اهرنج ، فإن القضاء الفرنسي قد جازاها في هذا المنحى أيضاً ، واستقر على ضرورة تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية بصدد البطلان ، أي أنه يتمين على طالب التعويض أن يثبت ارتكاب الطرف المدعى عليه خطأ وفقاً لما تنص عليه المادة 1382 مدني فرنسي (4)

-
- (1) الدكتور السنهوري / الوسيط ، ج 1 ، المرجع السابق ، بند 311 ، ص 560 ، والدكتور أنور سلطان / المرجع السابق ، بند 146 ، ص 291 ، وما بعدها .
- (2) الدكتور السنهوري / الوسيط ، ج 1 ، المرجع السابق ، بند 311 ، ص 560 ، - 561 ، وزهدى يكن / المرجع السابق ، بند 362 ، ص 159 .
- (3) الدكتور السنهوري / الوسيط ، ج 1 ، بند 311 ، ص 561 ، والدكتور أنور سلطان / المرجع السابق ، بند 246 ، ص 291 ، ومازو وتانك / لمطول النظرى والحمل في المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية ، طبعة السادسة ، ج 1 ، بند 123 ، وما بعدها .
- (4) محكمة استئناف باريس 14 ماي 1970 ، قرار منشور ب JCP ، لمار 1971 ، ج 2 ، بند 16751 .

والجدير بالملاحظة أن الخطأ لا يمكن استخلاصه من مجرد تقديم دعوى البطلان ، أي أن الطرف الذي يرفع الدعوى لا يمكن مطالبته بالتعويض إلا إذا أثبت المدعى عليه في دعوى البطلان أن المدعي قد ارتكب خطأ أثناء إبرام العقد ، ويتحقق ذلك إذا أثبت المدعى عليه أن طالب البطلان كان يعلم أو كان من المفروض أن يعلم بسبب البطلان ، أي أن يكون عالماً بالمعيب الذي شاب العقد وقت إبرامه (1).

كما أنه لا يجوز لطالب البطلان أن يطالب بالتعويض إلا إذا أثبت هو نفسه أنه لم يرتكب أي خطأ ، أما إذا كان العقد الذي حكم ببطلانه غير صحيح لعدم مشروعية الباعث ، وكان ذلك معروفاً لدى الطرفين فلا يمكن لأي منهما المطالبة بتعويض ما (2) ، إذ أن المسؤولية في هذه الحالة تقع على عاتق الطرفين معاً .

- موقف التشريعات من نظرية أهرنج :

كان لنظرية أهرنج صدى في التشريع الألماني إذ أخذ بها في المواد من 118 إلى 122 التي قررت بطلان العقد لعدم جدية الإرادة ، أو لصدرها عن غلط ، أو لحدوث غلط مادي في نقلها ، كما أخذ بها في المادة 307 منه التي اعتبرت العقد باطلاً إذا كان موضوعه مستحيلاً (3).

وقد قرر القانون الألماني الزام المتعاقد الذي يثبت سبب البطلان في جانبه بتعويض المتعاقد الآخر عن الضرر الذي أصابه بسبب اعتقاده صحة العقد ، على أن يقتصر حقه في التعويض عن المصلحة السلبية بشرط ألا يكون عالماً بسبب البطلان أو القابلية للإبطال . ويبدو أن القانون اللبناني قد نحا نفس المنحنى (4).

(1) غرفة المرافع ، 11 فبراير 1978 منشور بسيرته لعام 1879 ، ج 1 ، ص 196 .
(2) نقض تجاري (فرنسي) 25 أكتوبر 1949 منشور بجازيت باليه (G.P) لمام 1950 ، ج 1 ، ص 27 .

(3) زهدى يكن / المرجع السابق ، بند 360 ، ص 158 ، والدكتور أنور سلطان / المرجع السابق ، بند 246 ، ص 290 .

(4) زهدى يكن / المرجع السابق ، بند 363 ، ص 160 ، وهو يضرب مثلاً بالمواد 429 ، و 431 ، و 436 من قانون الموجبات والعقود اللبناني ويقول : أن المادة الأخيرة تدل على الأخذ بنظرية الخطأ عند تكوين العقد مع الاقتصار على التعويض على المصلحة السلبية ، ويجرى مع هذه المادة كالتالي " يجب على بائع المال إذا كان سيء النية أن يدفع إلى المشتري جميع ما صرفه على البيع وأن يكن من السككاليات وأعمال الزخرفة " .

على أنه يجب ملاحظة أن القانون الألماني رغم أخذه بنظرية اهرنج ، أي بنظرية الخطأ عند تكوين العقد ، فإنه لم يترتب الالتزام في التمويض على العقد الباطل بوصفه تصرفاً قانونياً قائماً ، بل باعتباره واقعة مادية تتطوى على شروط الخطأ التقصيري. (1)

وإذا كان القانون الألماني قد أخذ بنظرية اهرنج في بعض أحكامه ، فإن التقنين المدني الفرنسي قد جاء خلوا منها (2) إذ أن المستقر عليه أن المادة 1599 مدني المتعلقة ببيع ملك الغير تجيز للمشتري طلب التمويض استناداً إلى فكسرة المسؤولية التقصيرية القائمة على الخطأ الواجب الإثبات ، وكذلك الأمر فسي القوانين العربية .

وإذا كانت نظرية اهرنج لم تلق تأييداً من غالبية التشريعات القديمة منها والحديثة ، فقد رفضت أيضاً من المشرع الجزائري . . غير أن مادتين منه استرعيتهما انتباهي ورأيت ضرورة التمرص لهما بشيء من التحليل نظراً لما يمكن أن يتهادرا إلى الذهن من أن هاتين المادتين تعتبران تطبيقين لنظرية اهرنج . فالمادة 1403¹ مدني جزائري تنص على أن يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله ، فإن كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتمويض مبادل .

فهذه المادة صريحة في أنه إذا استحال الرد في جانب أحد طرفي التصرف الباطل ، فإن صاحب الحق في الاسترداد يعطي حق الحصول على تمويض . على أن تضمينه بهذا الحق لا يقصد به بتاتا أن ذلك يتم تطبيقاً لنظرية " الخطأ عند تكوين العقد " . بل كل ما في الأمر أن المشرع قد قصد في هذه المادة أن المتعاقدين يعودان إلى الحالة التي كانا عليها قبل

(1) الدكتور السهموري / الوسيط ، ج 1 ، المرجع السابق ، بند 310 ، ص 558 ، وزهدى يكن / المرجع السابق ، بند 360 ، ص 158 .

هذا ، مع ملاحظة أن التمويض يخضع في مثل هذه الحالة للأحكام العامة الواردة في باب المسؤولية المدنية ، أي أنه يصبح بإمكان الطرف المتضرر من البطلان إذا لم يرتكب خطأ ، أن يحصل على تمويض بحقابل ، أو عكسي تمويض عيني يتحمل في الزام الطرف الآخر بإعادة الأوضاع إلى ما كانت عليه قبل التعاقد .

(2) كما أن القضاء الفرنسي يستبعد نظرية اهرنج ، وعلى سبيل المثال : حكم محكمة استئناف باريس ، 14/05/1970 منشور بـ ج . س . ب JCP لعام 1971 ، ج 2 ، بند 16751 .

التعاقد ، أي أن يلتزم كل من المتعاقدين بأن يرد إلى المتعاقد الآخر ما تسلمه فقط دون تمويض عن أية مصلحة ايجابية أو سلبية ، فإذا ثبت أن أحد الطرفين قد ارتكب خطأ في حالة هلاك الشيء موضوع التصرف قبل صدور الحكم بالبطلان ، فأنه - حينئذ - يجوز الحكم عليه بتمويض معادل لقيمة الشيء التالف على أساس المسؤولية التقصيرية . ونفس الحكم يطبق في حالة ما اذا تمذر الرد بأن انتقل البيع بمقتد باطل إلى ملكية الغير بسند صحيح مثلا فإنه يجوز للقاضي الحكم على المتصرف في الشيء موضوع العقد المحكوم ببطلانه بتمويض معادل . غير أن هذا التمويض لا يتقرر وفقا للعقد لأن المفروض أن هذا العقد قد زال بأثر رجعي حينما حكم ببطلانه ، وإنما يتم وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية كما هو الحال في الفرض السابق .

وما يسترعى الانتباه أن المشرع لم يجعل التمويض واجبا ، بل جعله جوازيا فللقاضي أن يحكم به أو أن يرفضه (1) . كما أن المشرع وصف التمويض في حالة الحكم به أن يكون " معادلا " لقيمة الشيء الذي هلك فسيده حائزه وقت الهلاك ان كان ذلك بتقصير منه وهو ما يتماشى مع الحكم الوارد لدى المشرع المصري في المادة 142/1 مدني ، وذلك على خلاف المشرع العراقي الذي نص في المادة 138/2 على جواز الحكم بتمويض عادل ، مما يفيد أن القضاء غير ملزم بالحكم بقيمة الشيء الهالك ، بل بما يراه محققا للمدالة (2) .

والى جانب المادة السابق الذكر ، نص مشرعنا في المادة 399 مدني على أنه " اذا أبطل البيع في صالح المشتري بمقتضى حكم وكان المشتري يجهل أن البائع لا يملك البيع فله أن يطالب بالتمويض ولو كان حسن النية " . فهذه المادة قد رتبت في ذمة البائع التزاما بالتمويض . واقرارها لهذا التمويض في جانب البائع لملك الغير ، إنما يتم وفقا لأحكام المسؤولية التقصيرية لأن الضرر الذي لحق المشتري مرجعه الخطأ التقصيري الذي صدر عن البائع لملك غسيه ، وليس عقد البيع الصادر عنه لأن هذا العقد يكون قد زال بسبب عدم اجازته من طرف المالك الحقيقي للشيء المباع .

(1) و (2) الدكتور عبد المجيد الحكيم / الموجز ، المرجع السابق ، بنسبة 556 و 305 .

ب) آثار المسؤولية المترتبة على الحكم بالبطلان :

ان التصويض المترتب على المسؤولية المترتبة على الحكم ببطلان العقد يخضع للأحكام العامة التي تحكم دعوى المسؤولية ، ويتوافرها يكون بإمكان الطرف المتضرر من البطلان أن يطالب بتصويض .

وهذا التصويض قد يكون عينيا ، أي يتحقق بإزالة الضرر عن طريق إعادة الأمور إلى الوضع الذي كانت عليه قبل إجراء التصرف المحكوم ببطلانه ، وقد يكون بمقابل وذلك بإعطاء الطرف المتضرر مبلغا من المال لجبر الضرر الذي لحقه .

وإذا كان الرأي الحديث قد تعرض لفكرة التصويض عن المسؤولية المترتبة على البطلان ، فإن الفقيه اهرنج قد تعرض بدوره إلى هذه المسألة ، وهو يرى - بهذا الصدد - أن التصويض عن التعاقد الباطل لا يكون كاملا ، بل يتحدد نطاقه بالضرر الذي أصاب المتعاقد من جراء اتمام العقد وهو يمتد خلاف الواقع ، أي التصويض عما يسمى بالمصلحة السلبية وذلك على عكس الحالة التي يكون فيها العقد صحيحا حيث يستحق المتعاقد التصويض كاملا عند الاخلال بالمصلحة الايجابية .

ولتوضيح التفرقة ما بين المصلحتين : الايجابية والسلبية ، يضرب اهرنج المثال التالي : لو أبرق عميل إلى صاحب فندق طالبا حجز غرفة له في يوم محدد ولم يحضر ، كان العقد الذي أبرم بينه وبين صاحب الفندق صحيحا ، ويترتب على ذلك أن لصاحب الفندق الحق في اقتضاء ما التزم به الطرف الآخر ، أي الحصول على أجره الغرفة (1) ، حتى لو لم يتقدم أحد للشغل هذه الغرفة (2) ، وهذا التصويض يمثل المصلحة الايجابية لصاحب الفندق ، أما لو أخطأ العميل في ذكر تاريخ الحجز فأدى ذلك إلى عدم تطابق إرادته مع إرادة صاحب الفندق ومن ثم إلى بطلان العقد ، فإن صاحب الفندق يستحق تمويضا عن مصلحته السلبية فقط التي تقدر بقيمة الضرر الذي لحقه من جراء اعتقاده صحة العقد الفاسد بطلا ، وبناء على ذلك ، فإنه لا يكون له الحق في أجره الغرفة عن ذلك اليوم الا إذا أثبت أن هذه الغرفة كان من المؤكد أنها ستؤجر في ذلك اليوم المذكور لشخص آخر لو لم يتسبب بطلان العقد .

(1) الدكتور السنيهوري / الوسيط ج 1 ، المرجع السابق ، بند 309 ، ص 556 ، وزهدى يكن /

المرجع السابق ، بند 360 ، ص 157 .
(2) الدكتور أنور سلطان / المرجع السابق ، بند 245 ، ص 290 .

حجزها بناءً على العقد الباطل ، فإذا ثبت أن هناك غرماً بقيت شاغرة في الفندق ، فإن صاحب الفندق لا يستحق شيئاً (1)

ثانياً : حكم الزواج الظني : (LE MARIAGE PUTATIF)

تنص المادة 163 مدني فرنسي على أن " الزواج يكون أيضاً محرماً بين الرجل وبنت أخيه أو بنت أخته ، وبين العمّة وابن أخيها وبين الخالة وابن أختها سواء كانت صلة القرابة شرعية أو طيممية " (2) ، وأحالت على نص المادة 184 مدني فرنسي التي منحت حق الطعن في هذا الزواج إلى الزوجين وإلى كل ذي مصلحة (3) وإلى النيابة العامة ، مما يفيد أن المشرع قد أخضع هذا الزواج إلى أحكام البطلان المطلق .

وإذا ما تقرر بطلان هذا الزواج ، فالمنطق يقضي بالأى يكون له أى أثر لأنفسه يؤدى إلى زوال الآثار التي ترتبت على عقد الزواج الباطل بأثر رجعي فيجعله في مرتبة العدم ، غير أن تطبيق هذه القاعدة على إطلاقها يؤدى إلى نتائج خطيرة ، منها : اعتبار الملاقة التي قامت بين الرجل والمرأة بمثابة معايشرة غير شرعية ، واعتبار الأولاد الذين كانوا ثمرتها طيمميين أى غير شرعيين ، بالإضافة إلى بطلان الاتفاقات المالية بالنسبة إلى الزوجين ، وبطلان الهبات التي تمت لهما أو بينهما ، وحرمان كل من الزوجين من نصيبه المقرر له في تركة الزوج المتوفى ، وإن كان البطلان قد تقرر في زمن لاحق لوفاة المورث التبرم الطرف الآخر بمرء ما حصل عليه من التركة للورثة إن كان

(1) زهدى يكن / المراجع السابق ، بند 310 ص 157 ، والدكتور : حلمي بهجت بدوى / دراسة تحليلية لأثار التصرفات الباطلة ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الثالثة ، 1933 ، بند 24 وما بعده ، ص 392 وما بعدها .

(2) يجرى نص المادة 163 طبقاً للتعديل الذى لحقها بموجب القانون رقم : 72-3 ، المؤرخ في : 72/01/03 مدني فرنسي على النحو الآتي :
" Le mariage est encore prohibé entre l'oncle et la nièce; la tante et le neveu, que la parenté soit légitime ou naturelle."

(3) أوضحت المادة 187 مدني فرنسي المراد بذو المصلحة المشتركة في المادة 184 مدني فنصت على مايلي : " في كل الأحوال التي يجوز فيها طبقاً للمادة 184 مدني رفع دعوى البطلان من كل ذي مصلحة ، فإن هذه الدعوى لا يمكن أن ترفع من طرف ذوي القرابة من الحواشي أو من طرف أطرافهم كانوا ثمره زواج آخره حال حياة الزوجين إلا إذا كانت لهم مصلحة مرتبطة بذلك ، وحالة " .
.../...

قد تسلط (1)

غير أن اعتبار الزواج باطلا بأثر رجعي ينطوي على نوع من الشدة خاصة إذا ما تعلق الأمر بزوجين حسني النية أي بين شخصين جاهلين الميب الذي شاب زواجهما عند إبرامه ، لذلك دعت الحاجة إلى اعتبار الزواج الباطل بحسن نية منتجا لآثاره رغم صدوره حكم ببطلانه ، أي أن الحكم القضائي يضع حدا للزواج الباطل شأنه في ذلك شأن الطلاق الذي ينهي العلاقة الزوجية الصحيحة ويرتب آثاره مستقبلا ، أما الحقوق المكتسبة السابقة على صدور الحكم فتبقى قائمة ، وبمبادرة أخرى فإن حسن نية الطرفين عند إبرام عقد الزواج يمنع الأثر الرجعي ، ويسمى هذا الزواج بـ "الزواج الظني" "Mariage putatif"

وبصدد الزواج الظني ، ميز المشرع الفرنسي - بمقتضى المادتين 201 و 202 طبقا للتعديل الذي لحقهما بالقانون رقم : 72 - 3 المؤرخ في 03/01/1972 - بين نوعين من العلاقات القائمة بين الزوجين فقط ، والملاقات القائمة بين الزوجين والأطفال الذين كانوا ثمرة الزواج الظني .

(1) حكم العلاقات القائمة بين الزوجين : فرق المشرع الفرنسي بصدد العلاقات القائمة بين الزوجين بمقتضى المادة 201 مدني ، بين صورتين : حالة كون الزوجين مما حسني النية ، وحالة كون أحد الزوجين فقط حسن النية

.../...
 = Art. 187 : " Dans tous les cas où, conformément à l'article 184, l'action en nullité peut être intentée par tous ceux qui y ont intérêt, elle ne peut l'être par les parents collatéraux, ou par les enfants nés d'un autre ^{mariage}, du vivant des deux époux, mais seulement lorsqu'ils ont un ~~intérêt~~ ^{intérêt} né et actuel."

(1) في تفاصيل ذلك : الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي / الزواج : (قيامه ، آثاره ، انقضاؤه) في القانون الفرنسي ، القاهرة 1965 ، بند 71 ، ص 112 ، وبلا نيول / المطول المحلي للقانون المدني (الفرنسي) ، ج 1 ، طبعة خامسة ، باريس 1908 ، البند 1091 - 1092 ، ص 364 ، PLANIOL (Maroel) ; traité élémentaire de droit civil , 364 , 1092 (français) ; tome 1 , 5^e édition ; Paris 1908 .

(2) في تفاصيل أحكام الزواج الظني : الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي / الزواج في القانون الفرنسي ، المرجع السابق ، بند 72 - 73 ، ص 113 و 119 ، وبلا نيول / المرجع السابق ، بند 1091 ، ص 364 - 1092 ، ص 356 ، ومارتي ورينو ، القانون المدني ، الأشخاص ، طبعة ثالثة ، سيريه 1976 ، بند 123 ، وما بعد ، ص 155 وما بعدها ، MARTY et RAYNAUD ; droit civil , les personnes , 3^e édition ; SIREY , 1976 .

والآخر سيئها .

- فإذا كان الزوجان ممّا حسني النية ، فإن الزواج رغم الحكم بهطلانه يبقّى منتجاً لآثاره كما لو كان صحيحاً ، ومن ثم يكون صالحاً لانتاج آثاره المدنية شأنه فسي ذلك شأن الزواج الصحيح تطبيقاً لنص المادة 201/1¹ مدني فرنسي التي جاء بها : " إذا تقرر بطلان الزواج ، فإنه ينتج آثاره في مواجهة الزوجين إذا أبرم بحسن نية " . وترتيباً على ذلك فإن الاتفاقات المالية القائمة بين الزوجين تبقى صحيحة منذ إبرام عقد الزواج حتى صدور حكم بهطلانه ، وإذا توفي أحد الزوجين قبل صدور حكم بالبطلان كان من حق الزوج الآخر أن يحصل على نصيبه من تركة المتوفى (1) ، بل إن النفقة المقررة لكلا الزوجين على الآخر بمقتضى نص المادة 212 مدني فرنسي تبقى قائمة حتى وقت تقرير بطلان الزواج (2) .

- أما إذا كان أحد الزوجين حسن النية والآخر سيئها ، فإن الزواج الباطل ينتج آثاره بوصفه زواجا ظنياً بالنسبة إلى الزوج حسن النية فقط دون السيئ . الآخر سيئ النية . وقد صرح بذلك المادة 201/2² مدني فرنسي بقولها : " إذا كان حسن النية متوفاً لدى أحد الزوجين فقط ، فإن الزواج لا ينتج آثاره إلا لصالح هذا الزوج " .

ويترتب على ذلك ، أنه إذا كان من حق الزوج حسن النية أن يطالب الزوج الآخر بواجب المساعدة ، وأن يرثه إذا توفي ، فإن الزوج سيئ النية لا يمكنه أن يطالب بشيء من ذلك .

(2) حكم الزواج الظني بالنسبة إلى الأولاد : أوضحت المادة 202 مدني فرنسي وفقاً للتعديل الذي لحقها أيضاً بموجب القانون رقم : 72-3 المؤرخ في : 03/01/1972 بقولها : " أن الزواج الظني ينتج أيضاً آثاره بالنسبة إلى الأولاد ولو لم يكن أحد من الزوجين حسن النية " .

(1) الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي / الزواج في القانون الفرنسي ، المرجع السابق ، بند 74 ، ص 119 - 120 ، وبلا نيول / المرجع السابق ، بنود 1108 - 1110 ، ص 368 - 369 .

(2) تنص المادة 212 مدني فرنسي على أن " يلزم كل من الزوجين في مواجهة الآخر بواجب الإخلاص ، وتقديم الرعاية ، والمساعدة المادية " .
" Les époux de doivent fidélité, secours, assistance. "

وتطبيقا لهذا الحكم ، فإن الأبناء لا يتأثرون بحسن نية أحد أبويهم ، أو سؤرها ذلك أنه تثبت لهم في كل الحالات الآثار التي تترتب على الزواج الصحيح كحق النسب ، وحق التوارث ، إذ يثبت للأبناء النسب الشرعي في علاقتهم مع كل من أبويهم دون مراعات لما إذا كان كل من الأبوين حسن النية أو سيئها ، كما يحق لهم أن يرثوها فضلا عن بقية الحقوق الأخرى المقررة للأبناء فسي مواجهة الأبناء .

وبهذا التحليل نلاحظ أن المشرع الفرنسي قد رتب على الزواج الباطل آثارا تترتب أصلا على الزواج الصحيح فقط ، على أن هذه الآثار لا يمكن اعتبارها أصلية ، بل تبقى آثارا عرضية اقتضتها المحافظة على الأسرة وحمايتها من الانهيار (1) .

ثالثا : البطلان الجزئي (LA NULLITE PARTIELLE)

قد يحدث أحيانا أن يكون البطلان قد شاب بعض أجزاء التصرف فقط دون التصرف بكامله ، فتهدو الحاجة ملحة الى البحث عما إذا كان من شأن الجزء الباطل التأثير على التصرف كله ، ومن ثم فإن التصرف كله يلحقه البطلان المطلق أو أنه يتمين قصر البطلان على الجزء الذي أصابه البطلان فحسب ؟

إن هذا التساؤل يطرح مشكاة تعرف اصطلاحاً بالبطلان الجزئي " وقد ظهرت في مختلف الأنظمة القانونية ، غير أننا في إطار دراستنا للقانون الوضعي سنقتصر على تحليل أحكام التشريع والقضاء الفرنسيين لننتقل بعدها الى تحليل أحكامه في القانون المدني الجزائري .

أولا : أحكام البطلان الجزئي في النظام القانوني الفرنسي (2)

المصدر التشريعي لفكرة البطلان الجزئي في فرنسا :

بالرجوع الى القانون المدني الفرنسي نجد المشرع قد أجرى تفرقة بصدده

(1) أما فيما يخص الدول العربية ، فإنها تأثرت منها بأحكام الشريعة الإسلامية ، اعتمدت ما اصطلح على تسميته بالزواج الباطل . يراجع بهذا الصدد ما سيأتي تحليله صفحة 388 من هذه الرسالة .

(2) فيليب سيلمي / البطلان الجزئي للتصرفات القانونية ، رسالة من جامعة ستراسبورغ سنة

1968 طبعة باريس 1969 Philippe SIMLER, la nullité partielle des actes juridiques, thèse Strasbourg, Paris 1969.

فلور وأوبير / الالتزامات ، التصرف القانوني ، ج 1 ، المرجع السابق ، بند 355 وما بعده ، ص 276 وما بعدها .

الجزئية بين التصرفات بموض والتصرفات بدون عوض .

فبصد التصرفات بموض نجده نص في المادة 1172 على أن " كل شرط (1)

متملق بشي " مستحيل ، أو مخالف للأداب العامة ، أو محظور قانونا ، يكون باطلا ، ويؤدي الى بطلان الاتفاق الذي ورد فيه هذا الشرط " .

أما التصرفات بدون عوض (أي التبرعات أو الوصية) ، سواء تمت بين أحياء أو بسبب وفاة فان المادة 900 منه نصت على أن الشروط التي تتوافر فيها خصائص المادة 1172 مدني " تعتبر غير مكتوبة (2) " réputées non écrites " وان بطلا نهالاً يؤدي الى بطلان التصرف الذي وردت به .

هذا ، ويقرر الفقه أن سبب إيراد المشرع الفرنسي لهاتين المادتين (900 و 1172 مدني) يرجع الى أسباب تاريخية ، ففي مجال التبرعات كان المشرع الفرنسي يخش من إدراج شروط تتعارض ومعطيات الفكر الثوري كاعتماد ما كان يعرف " بشروط حق المولود البكر (droit d'aînesse) . ونظرا لكونه كان على يقين من أن المستفيدين من هذه التبرعات سيستكون عن الاعلان عن هذه الشروط ، لأن إعلانهما عنها يؤدي بهم الى ضياع الشهي " الموهوب أو الموصى لهم به ، فان المشرع الفرنسي ارتأى أن يقصر البطلان على هذه الشروط وحدها دون أن يتمدها الى صحة التصرف التبرعي ذاته . أما بالنسبة الى التصرفات بموض ، فليست هناك خطورة يخشى منها ، ذلك أن تقرير بطلان التصرف بكامله ليس من شأنه أن يمنع ايا من طرفيه من رفع دعوى البطلان لأن تقرير البطلان - ان حصل - لم يكن يلحق بالتصرف اليه أي ضرر مادام أنه حينما يعيد للطرف الآخر ما تلقاه منه ، فإنه يسترد هو شخصيا ما سبق أن سلمه اليه (3) .

- موقف القضاء الفرنسي من نظرية البطلان الجزئي :

ورغم اختلاف الحلول المستمدة تشريعا بمقتضى المادتين 900 و 1172 مدني فرنسي فان القضاء الفرنسي قد حاول توحيد هذه الحلول وذلك باعتماده لنظرية

(1) المراد بكلمة " الشرط " هنا ليس الشرط باعتباره وصفا للالتزام بحيث يتوقف على

نشوء التصرف مستقلا ، بل انه يراد به الهود الواردة في الاتفاق .

(2) أي كأنها لم تكن موجودة بالمقد أصلا .

(3) فلورواوير / المتصرف القانوني ، ج 1 ، المرجع السابق ، بند 356 ، ص 277 .

السبب مع التركيز على الباعث الدافع الى اجراء التصرف (1).

واعطالا لهذا الخيار، فان القضاء الفرنسي لم يمد يفوق بين التصرفات بعوض والتصرفات بدون عوض، بل انه يبحث عن طبيعة الشرط المحظور قانونا، فاذا تبين له ان هذا الشرط كان الباعث الدافع الى اجراء التصرف أصدر حكمه ببطلان كل التصرف، اما اذا تبين له أن الشرط المحظور مجرد شرط ثانوي فانه يبطل هذا الشرط وحده دون باقي اجزاء التصرف الاخرى (2)، أي أننا نكون بصدد بطلان جزئي في الحالة الثانية دون الأولى.

واذن، فان معيار التمييز بين البطلان الكلي والبطلان الجزئي يكمن في ارادة طرفي التصرف، وأن الكشف عنها في ارادتي المتصرفين يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، ولا رقابة عليهم من محكمة النقض (3).

على أن اللجوء الى ارادة الأطراف للبحث عما اذا كان الشرط المحظور السوارد بالتصرف يبطل التصرف كله أو جزاء منه فقط ينطوي على نوع من التحكم (4). ذلك

- (1) غرفة المرائض 3 جوان 1863، دالوز 1863 هـ ج 1 ص 429 وسيره 1864 هـ ج 1 ص 269، ونقض الدوائر المجتمعة: 21 جوان 1892، دالوز الدوري 1892 هـ ج 1 ص 369 (يراجع القسم المتعلق بالأسباب) نقضه غرفة المرائض 31 أكتوبر 1938، سيريه 1939 هـ ج 1 ص 62، نقض مدني 22 ماي 1951، منشور ب. ج. س. J.C.P. 1952 هـ ج 2 بند 6416 مع تعليق كافاروك Cavarroc، ومحكمة استئناف دوى Douai 1 ماي 1945، سيريه 1946 هـ ج 2 ص 8 مع تعليق موريل Morel، وفي تحليل أحكام القضاء الفرنسي من نظرية البطلان الجزئي، يراجع: فلور وأوبير / المرجع السابق، بند 357، ص 277.
- (2) يراجع في ذلك: غيستان GHESTIN في تعليقه على نقض مدني 71/06/24 والمنشور ب. ج. س. ب 1972 الجزء الثاني، بند 17191.
- (3) على سبيل المثال نقض مدني فرنسي، 6 جوان 1972 منشور بمجموعة دالوز سيريه لعام 1973 ص 151 مع تعليق الأستاذ: مالوري، وب. ج. س. ب. (J.C.P.) لسنة 1972، ج 2، بند 17255، ونقض مدني فرنسي 9 جويلية 1973 منشور بمجموعة دالوز سيريه لسنة 1974 ص 24 مع تعليق الأستاذ: مالوري.
- (4) فارجات / النظام العام الاقتصادي، رسالة من جامعة ديجون سنة 1961 (FARJAT l'ordre public économique, thèse Dijon, 1961).

بند 494 وما بعده، وكابيتان / تعليقه بدالوز الدوري 1927 ص 1.

أنه ثبت من الناحية العملية أن القضاة غالباً ما يستمرون تحت لباس ارادة الأطراف على الرغم من أنهم يراعون في حقيقة الأمر مقتضيات النظام العام، ذلك أن القاضي قد يحكم بالبطلان الكلي للتصرف أو بالبطلان الجزئي فقط تبعاً لمقتضيات النظام العام الذي يتصوره، فيقرر - حينئذ - أن الشرط المحظور قانوناً شرط دافع باعث أو مجرد شرط ثانوي (1).

وبناءً على ذلك، فإن النظام العام الاجتماعي أو تحقيق الحماية للطرف الضعيف غالباً ما يستوجب البطلان الجزئي - أي اعتبار الشرط المحظور قانوناً كأنه غير مكتسب مع الاحتفاظ بالتصرف المبرم - لأن في تقرير البطلان الكلي إهداراً لصلة الطرف الندي ابتغى المشرع حمايته. ومن الأمثلة التي يمكن إيرادها في هذا الصدد أن عاملاً يتنازل بمقتضى إبرامه عقد عمل مع رب الممل عن حقه في الإجازة السنوية المستحقة له قانوناً، فهذا التنازل يعتبر محظوراً قانوناً، وبذلك فمنطبق القانون يقتضي بطلان العقد، غير أنه ليس من المدالة تقرير بطلان عقد الممل بكامله لأن تقريره يؤدي إلى فقد العامل وظيفته، ومن ثم يمنع من اللجوء إلى رفع دعوى البطلان، ولذلك فإن حماية العامل تقتضي اعتبار شرط التنازل غير مكتسب واعتبار عقد الممل صحيحاً مع إحلال الأحكام القانونية المنظمة لإجازة العامل السنوية محسلاً الشرط الباطل (2).

ومما تجدر ملاحظته أن إزالة الشرط الباطل من التصرف ليست الطريقة الوحيدة التي اعتمدها القضاء الفرنسي، وإن كانت هي الأكثر شيوعاً (3)، بل إن القضاء الفرنسي كثيراً ما استخدم ما اصطلح على تسميته بـ"انقاص التصرف" *réduction de l'acte* الفرنسي كثيراً ما استخدم ما اصطلح على تسميته بـ"انقاص التصرف" *réduction de l'acte* الفرنسي كثيراً ما استخدم ما اصطلح على تسميته بـ"انقاص التصرف" *réduction de l'acte*

- (1) فلور وأبير/التصرف القانوني، المرجع السابق، بند 358، ص 278، وفيليب مالموري/المقود المخالفة للنظام العام، رسالة من باريس 1951، بند 386 وما بعده، وبند 393، فارجات/الرسالة، المرجع السابق، بند 494 وما بعده. *ph. MALAURIE ; les CONTRATS contraires à l'ordre public, these paris 1951.*
- (2) فيليب سميليه/الرسالة، بند 352 وما بعده، فارجات/النظام العام الاقتصادي، المرجع السابق، بند 450 وما بعده، وبند 470 وما بعده، ويرير/النظام الاقتصادي وحرية التعاقد، دراسات مخصصة للفقهاء جيني، ج 2، ص 347 وما بعدها.
- (3) فيليب سميليه/الرسالة، ص 209 وما بعدها.

وذلك بانقاص بعض مكوناته فقط⁽¹⁾ وهذا الانقاص قد يلحق موضوع التصرف نفسه ، وقد يلحق المدة المتفق عليها فيه وذلك بتخفيضها الى الحد المنصوص عليه قانونا . فمثلا اذا اتفق الأطراف على البقاء في الشيوع أو استمراره الى أكثر من خمس سنوات ، فإن هذه المدة كانت تخفض الى الحد المنصوص عليه قانونا وهو خمس سنوات طبقا للمادة 2/815 من القانون المدني التي كانت تنص - قبل تعديلها - على أنه " يمكن الاتفاق على إيقاف القسمة لمدة محددة . على أن هذا الاتفاق لا يكون ملزما في القدر الزائد عن الخمس سنوات " . وان كان يمكن تجديده⁽²⁾ . وقد يتضمن الانقاص تحقيق الثمن المتفق عليه في التصرف في حالة ما اذا كان التصرف مندوبا على استئصال أحد الطرفين للطرف الآخر ، أو تخفيض بدل الإيجار اذا كان مرتفعا مرتفعا للمستأجر ، وهو ما فعله المشرع نفسه بمقتضى المادة 35 من قانون 1948/09/01 .

ثانياً: أحكام البطلان الجزئي في النظام القانوني الجزائري :

لقد تعرض المشرع الجزائري ، على غرار المشرعين العرب لصورتين تطبيقيتين للبطلان الجزئي ، وهما : انقاص المقد ، و تحوله ، وإذا كان المشرع قد قصر هاتين الحالتين التطبيقيتين على المقد فقط فمردّه الى أنه قد اهتم بالمقد أساسا كصدر للالتزام ، لأنه لم يجرم الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام إلا استثناء⁽³⁾ . غير أن هذا الموقف منه لا يمنع من أن هاتين الصورتين قد تشاران أيضا بصدد التصرفات غير المقدية ، ولذلك فسندرس كلا من الصورتين في إطار التطبيق الشامل لهما .

(1) نقض مدني فرنسي ، الغرفة الأولى ، 1958/01/27 ، نشرة القرارات المدنية ، ج 1 بند 59 ، ص 47 ، محكمة استئناف باريس 1896/03/03 ، منشور بـد الوز الدوري 1897 ، ج 2 ، ص 54 .

وتصريح بهذا الصدد أن " هذه المادة تمسدت بقانون رقم 76-1286 الصادر بتاريخ 31/12/76 التي نصت في الفقرة الخامسة بوضوح ، على أن البقاء في حالة الشيوع لا يمكن أن يتفق على استمراره لمدة تجاوز خمس سنوات " .
Art. 815-1 : " le maintien dans l'indivision ne peut être prescrit pour une durée supérieure à cinq ans...."

(2) كان يجري نص المادة 2/815 على النسق الآتي :
" On peut convenir de suspendre le partage pendant un temps limité; cette convention ne peut être obligatoire au-delà de cinq ans ; mais elle peut être renouvelée." (3) يراجع ما سبق ص 28 من هذه الرسالة .

1) نظرية انقاص التصرف:

تعرض المشرع الجزائري كبقية مشرعى الدول العربية لنظرية الانقاص بصدده المقصد فقط، في المادة 104 من القانون المدني التي نصت على أنه "إذا كان المقصد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال فهذا الشق وحده هو الذى يبطل، إلا إذا تبين أن المقصد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل المقصد كله".

ويبدو من ظاهر النص أن المشرع قصر هذا الحكم على المقصد فقط، ولكننا لا نرى مانعا من تطبيقه على ببقية التصرفات الواردة الأخرى.

أمثلة لنظرية الانقاص: والواقع هو أن الأمثلة على انقاص التصرف الباطل كثيرة نذكر من بينها ما هو مقرر من أنه إذا أبرم شخص عقد هبة مقترنا بشروط مخالف للنظام العام أو للآداب، فإن هذا الشرط وحده هو الذى يبطل، وتبقى الهبة قائمة وصحيحة طالما أنه لم يثبت أن هذا الشرط كان هو الباعث الدافع إلى التعاقد على إجراء الهبة، وفي حالة ثبوت العكس فإنه - حينئذ - يبطل كل من الشرط والهبة⁽¹⁾، وكذلك ما نصت عليه المادة 2/722 مدني من أنه "لا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنح القسمة إلى أجل يتجاوز خمس سنوات... فإذا اثنى الأطراف على مدة أطول من المدة المقررة قانونا، فإن هذه المدة تنقص إلى الحد المنصوص عليه قانونا".

وفي إطار التصرف القابل للإبطال، فإن المعتبر أنه إذا اثنى شخصان على إبرام عقد وكان محله يتكون من أشياء متعددة، وأثبت المشتري أنه وقّع في غلط في بعض مكونات محله فإن المقصد يكون قابلا للإبطال بالنسبة إلى الجزء الذى حصل بشأنه الغلط فقط، أما الأجزاء الأخرى من المحل فتبقى صحيحة ومنتجة لأثارها القانونية.

ب) - شروط تطبيق نظرية الانقاص: أن نص المادة 104 مدني جزائري وإن كان خاصا بانقاص المقصد، فإنه صريح في أن هذا الانقاص لا يتقرر إلا بتوافر شرطين أساسيين:

(1) هذا، ونشعر بهذا الصدد إلى أن المشرع الجزائري قد اعتمد حكما هاما بصدده الوصية فقرر بصددها أنها إذا علق على شرط غير صحيح، فإن الشرط الباطل هو وحده الذى يسقط مهما كان سبب البطلان، وتبقى الوصية صحيحة (المادة 199 من قانون الأسرة).

أولهما: أن يكون التصرف باطلا في شق منه فقط، فإن كان باطلا بأكمله كنا أمام مجال تحول التصرف إذا توافرت شروطه .

ثانيهما: أن يكون التصرف من التصرفات التي تثقل الانقسام، لأن التصرف إذا لم يكن قابلا للانقسام ترتب على بطلان جزؤه منه بطلان التصرف بأكمله ويفصح عن هذا الحكم المثال المشار إليه والمتعلق بالهبة، والوصية .

(2) نظرية تحول التصرف (1):

(٢) مضمون هذه النظرية: يتلخص مضمون هذه النظرية في أن التصرف الباطل الذي أجراه طرفان قد يتضمن عناصر تصرف آخر صحيح دون أن يضاف إليه عنصر جديد (2) فحينئذ يتحول التصرف الباطل إلى التصرف الذي توافرت فيه عناصره إذا ثبت أن النية المقترضة لطرفيه كانت تنصرف إلى التصرف الآخر لوعلمهما ببطلان التصرف الأول وقبوله إجرائه (3). وقد أخذ المشرع الجزائي بهذه النظرية في مجال المغشود بموجب نص

- (1) لمزيد من تحليل هذه النظرية يراجع الدكتور أحمد يسري في تحول التصرفات القانونية رسالة من جامعة هيدلبرج بألمانيا، في الترجمة العربية للرسالة، طبع القاهرة سنة 1958.
- (2) الدكتور عبد المجيد الحكيم / الموجز في مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 204 .
- (3) الدكتور علي سليمان / المحاضرة المشار إليها سابقا، بند 7، ص 7، الدكتور السنهوري / الوسيط، ج 1، المرجع السابق، بند 306، ص 546، 547، وقد أشار كل من الدكتور سليمان مرقس في مؤلفه شرح القانون المدني، ج 2، المرجع السابق، بند 223، ص 200، والأستاذ زهدى يكن / المرجع السابق، بند 364، ص 161، والدكتور أنور سلطان / المرجع السابق، بند 247، ص 292-293 إلى أن أصل هذه النظرية يرجع إلى الفقه الألماني في القرن التاسع عشر (19) الذي قضى المشرع في المادة 140 مدني ألماني أن جاء بها: "إذا كان التصرف القانوني الباطل يستجمع شروط تصرف آخر فإنه يعتمد به على التصرف الأخير إذا قُرض أن المتعاقدين كانا ينويان الأخذ به لوعلمهما بالبطلان".
- أما الدكتور حسن علي الذنون فيرجع فكرة تحول العقد إلى الفقه الإسلامي، ويرى أن الفقيه ابن رجب الحنبلي كان من المقررين لها في قواعد، وأورد أمثلة لذلك، من بينها أنه إذا قال أحد لآخر: خذ هذا المال مضاربة والربح كله لك، كان هذا قرضا . بند 142، ص 123 .

وفي هذا الاتجاه أيضا الدكتور عبد المجيد الحكيم الذي يرى أن نظرية تحول العقد عرفها الفقه الإسلامي قبل الفقهاء الألمان بأكثر من اثني عشر قرنا، وقد تضمنتها القاعدة الفقهية "المبرة في العقود للمقاصد والممانى لا للألفاظ والمباني"، وذلك أن الألفاظ الباني ما هي إلا وسيلة بينما المقاصد والممانى هي الغاية، وأذن فالمبرة للغاية لا للوسيلة، ومنها أيضا قاعدة "الهبة بشرط الموضعي" وقاعدة "الإعارة بشرط الموضعي" يراجع: الموجز، في مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 296 .

المادة 105 مدني ان جاء بها أنه: "إذا كان المقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر فإن المقد يكون صحيحا باعتباره المقد الذي توفرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف الى إبرام هذا المقد" وهو بهذا النص يكون قد أورد حكما جديدا غير معروف في القانون المدني الفرنسي (1).

ب) أمثلة عملية لهذه النظرية:

ولكي تتضح أهمية هذه النظرية، أضرب لها بعض الأمثلة العملية:

- البيع الباطل لشهادة الثمن:

ان البيع الباطل لشهادة الثمن، يمكن أن يتحول الى هبة صحيحة بشرط انطواء المقد الباطل على كافة أركان الهبة من ذلك: أن تتوافر نية التبرع لدى البائع، على أن بعض الفقهاء (2) يرى ضرورة إثبات هذه الهبة في ورقة رسمية إذا اعتبرناها هبة مكشوفة كما يرى الأستاذ السهوري، أما إذا اعتبرناها هبة مستورة فإنها لا تجب فيها الرسمية (3).

غير أن هذا التحليل الفقهي لا يمكن اعتماده في إطار النظام القانوني الجزائري بصدده هبة المقارء ذلك أن هذه الهبة تعتبر باطلة بطلانا مطلقا متى لم تستوف شرط التوثيق المنصوص عليه بمقتضى المادة 206 من قانون الأسرة الصادر برقم 84-11 بتاريخ 09/06/1984 والذي نص صراحة على وجوب مراعاة أحكام قانون التوثيق في المقارء وخاصة المادة 12 منه.

- الكهيلة الباطلة لانعدام بيانها الجوهرية:

للكهيلة شروط شكلية الزامية تتعلق ببياناتها ورد النص عليها في المادة 390 تجاري جزائري، فإن فقدتها أو فقدت بعضها فقدت ما هيبتها، ولكن ذلك لا يمنع من تحولها الى سند دين مدني صحيح أو الى سند تجاري من السندات، فالكهيلة أو السفتجة الباطلة إذا تحولت الى سند آخر صحيح، فإن هذا التحول يخدم مقتضيات العدالة " وأي دليل خير من انعدام كل دليل".

- (1) الدكتور علي سليمان / المحاضرة المشار إليها سابقا، بند 7، ص 7.
- (2) الدكتور محمود جمال الدين زكي / المرجع السابق، بند 136، ص 269، وزهدى يكن / المرجع السابق، بند 364، ص 161.
- (3) الدكتور السهوري / الوسيط، ج 4، المرجع السابق، بند 216، ص 386 وهامش (2) بنفس الصفحة.

- التمهيد بأقامة وارث :

لقد حدد الله سبحانه وتعالى أصحاب الحقوق في التركة ، وبين من يرث منهم ومن لا يرث في آيات الموارث حيث قال جل شأنه في سورة النساء " يوصيكم الله في أولادكم ، للذكر مثل حظ الأنثيين .. " وبين أن من حق الإنسان أن يوصي لغيره بالقيود الشرعية المصروفة ، فإذا خالف شخص الأصول المقررة في الميراث وتمهد لشخص ما بأن يكون وارثا له ، فإن تمهده يكون باطلا لمخالفته لهذه الأصول ، ومع ذلك يمكن أن يتحول هذا التمهيد الباطل إلى وصية صحيحة يمكن المدول عنها في أي وقت (1) .

ج - شروط تحول التصرف الباطل أو القابل للإبطال إلى تصرف آخر صحيح :

يشترط لتحول التصرف الباطل أو القابل للإبطال إلى تصرف آخر صحيح شروط ثلاثة هي :

(1) يجب أن يكون هناك تصرف أصلي باطل أو قابل للإبطال بأكمله :

يشترط لتحول التصرف أن يكون التصرف الأصلي باطلا أو قابلا للإبطال ، فإذا كان صحيحا فإننا نكون أمام تخلف أحد شروط التحول ، ومن ثم يتمين الأخذ به ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإن التصرف الأصلي إذا لم يكن باطلا أو قابلا للإبطال بأكمله (2) لم تكن بصدده شروط تحول التصرف وإن كنا نصبح إزاء ما يعرف بنظرية انقاس التصرف (3) ، وهو ما يتحقق في حالة كون التصرف المشوب بالإبطال قابلا للانقسام .

(2) أن يتضمن التصرف الباطل جميع عناصر التصرف الصحيح المحول إليه دون إضافة أي عنصر آخر جديد اليه (4) .

ويترتب على ذلك أن اختلال هذا الشرط يحول دون أعمال التحول وإن كان

(1) الدكتور السنهوري / الوسيط ، ج 1 ، المرجع السابق ، بند 306 ، ص 547 .

(2) الدكتور السنهوري / الوسيط ، ج 1 ، المرجع السابق ، بند 307 ، ص 548 .
والدكتور أنور سلطان / المرجع السابق ، بند 249 ، ص 295 .

(3) الدكتور علي سليمان / المحاضرة المشار إليها ، بند 7 ، ص 3 .

(4) الدكتور عبد المجيد الحكيم / الموجز ، المرجع السابق ، ص 294 ، والدكتور أنور سلطان / المرجع السابق ، بند 250 ، ص 295 .

بالامكان : تصحيح هذا المقد الباطل متى كان القانون يجيز هذا التصحيح ، وتطبيقا لذلك ، اذا باع شخص منزلا مملوكا للغير فلا يملك القاضي أن يحول هذا المقد الى بيع يقع على قطعة أرض مملوكة للبائع حتى لو ثبتت أن المتعاقدين كانا سيقبلان ذلك لو علموا أن البائع لا يملك المنزل . على أن بيع ملك الغير يصبح عقد بيع صحيحا اذا أقره مالك الشيء المبيع (المادة 398/1 مدني) . واذا اكتسب البائع ملكية المبيع بعد اجراء البيع (المادة 398/2 مدني) .

(3) ويشترط أخيرا ضرورة انصراف الإرادة على التصرف المحتمل الى التصرف الصحيح من

لحظة اجراء التصرف : ويتم التأكد من ذلك عن طريق طرح السؤال التالي : لو كان طرفا التصرف وقت اجراء التصرف الأصلي قد علما ببطلانه فهل كان من المحتمل أن يريدوا هذا التصرف الآخر؟ فاذا كانت الاجابة بالاجاب ، صحيح التحول ، أما اذا كانت بالنفي فان التحول يقع باطلا ، وبذلك فالتحول يقوم على أساس ارادة محتملة تقوم على انقراض ارادة ظاهرة . ويكشف القاضي عن هذه الارادة المحتملة عن طريق استخدامه للقرائن القضائية كأن " يستخلص من سكوت الطرفين عن التمسك بالبطلان بعد علمهما بأمره ، أو من استمرار تنفيذهما للمقد الأصلي أن نيتهما المحتملة قد انصرفت الى التحول حتى لو نازع أحدهما في ذلك بعد ذلك " (1) .

المبحث الثاني

آثار البطلان في مواجهة الغير

أولا : البطلان المأم :

طبقا لما سبق تقريره من أن البطلان يؤدي الى زوال الآثار التي تترتب على التصرف بأثر رجعي ، ومنطق ذلك يستلزم القول بأن البطلان يجب ألا يقتصر أثره على طرفي التصرف فقط ، بل يتعين أن يمتداهما الى الغير أيضا ، أي أولئك الأشخاص الذين تعاملوا مع أحد طرفي التصرف الباطل فاتسبوا بذلك حقوقا على الشيء موضوع التصرف ، وترتبها على ذلك اذا اشترى شخص منزلا لا بمقتضى عقد قابل للابطال نتيجة اكراه استعمله في مواجهة البائع وتصرف

(1) الدكتور حسن علي الذنون / المرجع السابق ، بند 143 ، ص 124 .

المشتري في هذا المنزل للغير ، فإذا زال الاكراه ، ورفع المكروه دعوى الإبطال وصدر حكم قضائي بإبطال عقد المشتري للميب السابق ذكره (الاكراه) فسان الحكم بالإبطال يؤدي حتما إلى القول بأن التصرف الصادر منه للغير يعتبر باطلا أيضا ، لأنه يفترض في المشتري الأصلي أنه لم تنتقل إليه ملكية هذا المنزل إطلاقا ، ومن ثم يسرى بشأنه البدء المقرر ضمن القواعد الأصولية " من أن فاقد الشيء لا يعطيه " والقاعدة الرومانية الشهيرة التي تقضي بأنه " لا يمكن لأحد أن ينقل للغير أكثر مما يملك MEMO PLUS JURIS AD ALIUM TRANSFERRE POTEST QUAM IPSE HABET " .

على أن الملاحظ في هذا الصدد .. كما يقره الفقه الفرنسي - أن دعوى البطلان لا تنتج أثرها بالنسبة إلى الغير الذين تلقوا حقا على الشيء موضوع التصرف الباطل إلا إذا تم ادخالهم في دعوى البطلان ، فإن لم يتم ادخالهم فإن الحكم بالبطلان حالة صدوره ينتج آثاره فيما بين طرفي الخصومة فقط ، ولا يلحق الغير إذا أنه لا يسرى في مواجعتهم (1) .

ثانياً: الاستثناءات الواردة على البدء العام:

على أنه إذا كان منطق البطلان يقتضي ألا ينتج التصرف الباطل أي أثر سواء بالنسبة إلى أطراف التصرف الباطل أو بالنسبة إلى الغير الذي تلقوا حقا بمقتضى هذا التصرف فإن السمي نحو تحقيق مبدأ استقرار الأوضاع القانونية ، وحماية الوضع الظاهر خاصة بالنسبة إلى الغير حسن النية ، قد استدعى وضع قيود على مبدأ الرجعية (2) :

ولو تفحصنا هذه القيود لا يمكننا تصنيفها إلى قسمين رئيسيين ، فهناك قيود تعتبر تطبيقاً لواجب الضمان ، وهناك قيود مقررّة لتحقيق فكرة سلامة

(1) كوتيرييه / العقود والالتزامات ، منشور بمجموعة التوثيق ، الخاصة بالقانون الفرنسي ، الفقرات 128 ، 130 ، بند 60 و 65 . COUTURIER, contrats et conventions; NOTARIAL REPERTOIRE, droit français, fascicules 120-130, Nos 60 et 65.

(2) بييد ولييفر / الآثار المترتبة على التصرفات الباطلة ، رسالة من جامعة باريس 1911. PIEDELIEVRE, des effets produits par les actes nuls, thèse Paris, 1911.

وفلور وأوبير / ج 1 ، المرجع السابق بند 361 ، وما بعده ، ص 281 وما بعدها .

المعاملات واستقرارها .

(1) القيد الذي يؤسس على واجب الضمان :

ولتوضيح هذا القيد نضرب المثال التالي : لو أن " أ " باع عقارا الى " ب " ثم تصرف " ب " في هذا المقار الى " ج " .

فلو أن " ب " رفع دعوى بطلان ضد " أ " لأحد أسباب البطلان المقرر للبطلان المطلق أو البطلان النسبي ، و صدر حكم ببطلان التصرف الأصلي المبرم بين " أ " و " ب " فهل هذا البطلان يؤثر على صير التصرف الذي تم بين " ب " و " ج " ؟ أو بتعبير آخر فهل من حق " ب " أن يتمسك في مواجهة " ج " بالبطلان النقضي به بينه وبين " أ " ؟

ان الاجابة يجب أن تكون بالنفي ؟ ذلك أن " ب " باعتباره بائنا يقع على عاتقه " التزام بالضمان " في مواجهة " ج " ، والمقرر بهذا الصدد " ان من وجب عليه الضمان لا يملك التعرض " . (doit garantir ne peut évincer)

على أن اعمال هذا المبدأ في اطار الحقوق المينية ، يبقى مرهونا بضرورة احترام القواعد الواردة بقانون التوثيق والشهر العقاري .

ولكن كيف يتم حل الاشكال دون المساس بمبدأ رجعية البطلان ؟

ان الحل المنطقي والمادل لحل هذا الاشكال هو تحقيق مبدأ الاسترداد بمقابل بين " أ " و " ب " عوض الاسترداد الميني ، وبناء على ذلك فان " ب " لا يعيد الى " أ " المقار موضوع التصرف الباطل لأنه لا يمكن نزعه من " ج " وانما يعيد اليه ثمن هذا المقار ونظرا الى أن " أ " يكون ملزما بأن يعيد الى " ب " ما أخذه تحقيقا لمبدأ الاسترداد ، فانه يتم اجراء مقاصة بينهما (1) .

هذا ، وما تجدر ملاحظاته أن محكمة النقض الفرنسية ذهبت الى أبعد من ذلك إذ قررت أن دعوى " ب " في المثال السابق ، تكون غير مقبولة ، ذلك أن " ب " حينما قام بتصرفه في المال الذي تلتا بمقتضى التصرف الباطل فانه يكون قد فسخ على نفسه الحق في طلب بطلان التصرف الباطل الذي أجراه ، فضلا عن أنه حينما تصرف في المال ، يكون قد وضع نفسه في حالة استرداد الشيء موضوع التصرف الذي (2) فلور وأوبير / المراجع السابق ، بند 361 ، ص 281 .

يتقرر بمقتضى مبدأ رجعية البطلان (1).

على أن هذا الاتجاه القضائي قد انتقد بشدة من طرف الفقه (2)، لأن اعتماده يحول دون رفع دعوى البطلان، على الرغم من أن التصرف الباطل لم يستقر بعد بتقديم الدعوى أو بإجازته.

(2) القيود المؤسسة على اعتبار ضمان استقرار المعاملات:

لقد لاحظنا أن فكرة الرجعية تؤدي إلى خطر جسيم بالنسبة إلى الفير، إذ كيف يمكن لمن تعاقد مع شخص ما أن يتأكد من أن هذا الشخص (المتعاقد معه) قد اكتسب الشيء موضوع التصرف بموجب تصرف صحيح؟ ثم إن تطبيق مبدأ الرجعية على إطلاقه يمس مبدأ استقرار الأوضاع القانونية، ولذلك فإن هذه الاعتبارات ومثيلاتها قد أدت إلى وضع قيود أخرى للحد من غلواء مبدأ الرجعية. ولوحاولنا حصر هذه القيود لوجدناها تتحدد بمبادئ أربعة تشمل في: أعمال الإدارة، وفي المنقولات، و العقارات، والشركة الباطلة.

أ- بالنسبة إلى أعمال الإدارة: من المقرر في أعمال الإدارة وخاصة عقود الإيجار أنها إذا كانت قد أبرمت بحسن نية تبقى قائمة حماية لاستقرار التعامل، على الرغم من تقرير بطلان سند ملكية المؤجر، وذلك لأن هذه الأعمال غالباً ما تكون قليلة الأهمية ويتم إجراؤها بسرعة، وأنه نظراً للسرعة المحيطة بها كثيراً ما يستحيل التحقق من مدى حق المتصرف في إجرائها، فضلاً عن أنها تقسروا حقوقنا مؤقتة، و تتعلق بأعمال غالباً ما يكون إجراؤها ضرورياً (3).

ب- بالنسبة إلى المنقولات: فإن المقرر بصدد هذا وفقاً لما تقتضي به المادة 835 من القانون المدني أن الحياة في المنقول بحسن نية سند الملكية، واذن فإنه يكون من حق الشخص الذي حاز منقولا بسند صحيح وتوافر فيه شرط حسن النية وقت حيازته أن يتمسك بهذه الحياة لمواجهة الدعوى التي قد يرفعها ضد المالك الحقيقي لهذا المنقول.

(1) نفي مدني فرنسي 1928/12/17 دالوز الدوري لسنة 1929، ص 52.

(2) جودمييه / الالتزامات، المرجع السابق، ص 165.

(3) بلا نيول وريسير / المرجع السابق، ج 6، بند 327.

وتطبيقاً لهذا الحكم المنصوص عليه في المادة 835 مدني ، فإنه إذا ما تقرر بطلان عقد بيع منقول وكيان الشيء المبيع قد تم التصرف فيه للغير فإنه لا يجوز للبائع الأصلي أن يستعيد المال المنقول من المتصرف إليه (الغير) إذا توافرت في المتصرف إليه الشروط الواردة في هذه المادة (1) لأن المنقول كثير الحركات وغير ثابت في مكان واحد ، ولأنه يصعب التحقق من المتصرف فيه ، هل يملك الحق في التصرف فيه أولاً ؟ .

(ج) - وأما بالنسبة إلى المقارنات ، فإن مبدأ الرجمية المقرر كأثر للبطلان يرد عليه قيدان :

القيد الأول : يتعلق بالتقادم المكسب ، والذي بمقتضاه يصبح حائز المقارنات له متى مرت على حيازته له مدة خمس عشرة (15) سنة تطبيقاً لحكم المادة 827 مدني أو بتقصير هذه المدة إلى عشر (10) سنوات إذا كان الحائز يتوافر فيه حسن النية وقت حيازته وكانت حيازته تستند إلى سند صحيح طبقاً للمادة 828 مدني (2) ، وذلك حماية للحائز حسن النية .

وأما القيد الثاني : فيعتبر تطبيقاً لنظرية الوضع الظاهر (3) . ومؤدى هذه النظرية أن شخصاً ما قد يتصرف بحسن نية مع آخر اعتقاداً منه أنه المالك للشيء موضوع التصرف ، ثم يتضح فيما بعد أن المتصرف في هذا الشيء كان غير مالك له ، وذلك كما إذا كان المتصرف قد تلقى هذا الشيء بموجب عقد باطل أو بطلاناً مطلقاً أو بعقد قابل للإبطال وقد تقرر بطلانه بحكم ، ففي مثل هذه الحالة يثار التساؤل عما إذا كان المتصرف إليه سيتأثر بهذا البطلان أولاً ؟

(1) في تحليل هذه الشروط يراجع : الدكتور السنهوري / الوسيط 9 ج 9 ، بند 438 وما بعده ، ص 1126 وما بعدها ، وهو يحدد تحليله للمادة 976 مدني مصري والذي جاء نص المادة 835 مدني جزائري مطابقاً لها .

(2) في تحليل صورتي التقادم المكسب المشار إليهما في المتن يراجع مؤلف الدكتور السنهوري الوسيط 9 ، المرجع السابق ، بند 371 وما بعده ، ص 992 وما بعدها ، وبند 417 وما بعده ، ص 1077 وما بعدها ، وهو يحدد تحليله للمادتين 968 و 969 مدني مصري اللتين تضمنتا نفس الأحكام الواردة في المادتين 827 و 828 مدني جزائري .

(3) الدكتور محمود جمال الدين زكي / حسن النية في مجال اكتساب الحقوق الخاصة ، القاهرة 1952 ، بند 56 وما بعده ، ص 98 وما بعدها ، Mahmoud Gamal Eddine Zaki, la bonne foi dans l'acquisition des droits en droit privé, le Caire, 1952.

والدكتور حلمي بهجت بدوي / آثار التصرفات الباطلة ، القسم الثاني من بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد ، السنة الرابعة 1934 ، بند 102 وما بعده ، ص 344 وما بعدها .

والمقرر في هذا الصدد أنه متى ثبت أن المتصرف إليه كان حسن النية ، واستند الى ظاهر الأمور ، واعتقد أن المتصرف لصالحه هو المالك للشيء موضوع التصرف فانه يجب حمايته من آثار البطلان ، عوض لا يلزم بالرد ، ولا يتأثر بالبطلان الذي لحق التصرف السابق على تصرفه .

والواقع هو أن نظرية الوضع الظاهر ما هي الا تطبيق للمبدأ الشهير الذي يقرر أن الخطأ الشائع يولد الحق (ERROR COMMUNIS FACIT JUS) (1) .

وقد اعتمد هذا المبدأ القضاء الفرنسي وإن كان قد استقر عليه لا يكفي في الخطأ أن يكون شائعا لكي يكون مصدرا للحق بل يشترط في هذا الخطأ أن يكون ناجما عن اعتقاد راسخ بأن المتصرف هو المالك للشيء موضوع التصرف (2) (l'erreur doit être invincible) .

هذا ، ونحن بصدد تحليل نظرية الوضع الظاهر ، نشير الى أمرين :

أولهما : اذا كانت فكرة الخطأ الشائع قد استقرت في الفقه والقضاء الحديث ، فانها قد واجهت بادئ الأمر معارضة شديدة من طرف الفقيه " لوران " السبذي هاجمها بقوله : " نحن نحتج بشدة على المثل الذي يقرر أن الخطأ الشائع يولد الحق ، إذ أنه بذلك يعطى للخطأ قوة القانون ، وإنه فكيف ينزل الخطأ منزلة القانون في حين أن القانون هو الحقيقة الأبدية ، وإن أضفنا قوة القانون على الوقائع التي تركز على الخطأ حتى ان كانت عامة وشاملة من شأنه أن يؤدي الى هدم النظام الأخلاقي (ordre moral) ذلك أن الوقائع لا تحكم العالم وانما الذي يحكمه هو القانون ، والعدالة ، فاذا ما تعارضت الوقائع مع القانون فانه يجب تغليب القانون ، ويتمين أن تتلاشى الوقائع ، وإنه فيجب علينا ان نهاجم هذه الوقائع بدلا من أن نعترف لها بقوة القانون " (3) .

وثانيهما : ان فكرة الاعتقاد الراسخ ، التي تركز عليها نظرية الوضع الظاهر لا تعني أن الأمر يتعلق بعيب من عيوب الرضا بالنسبة الى الشخص الذي كان ضحية

(1) في تحليل هذا المبدأ ، راجع : مازو / في المبدأ المقرر بأن " الخطأ الشائع يولد الحق " مقال منشور بالمجلة الفصلية للقانون المدني لسنة 1924 ، ص 929 وما بعدها ، MAZEAUD, la maxime " error communis facit jus " , revue trimestrielle de droit civil, 1924.

(2) على سبيل المثال : نقض فرنسي ، الغرفة الأولى ، 2 نوفمبر 1959 ، منشور في ج . م . ب .

J C P

(3) لوران / مبادئ القانون المسبذي ، ج 13 ، بند 281 ، وما بعده .

هذا الاعتقاد ، بل إنها تجد مصدرها في فكرة الوضع الظاهر الذي أنشأه المالك غير الحقيقي ، والمتمثل في حيازته للشيء موضوع التصرف ، وظهوره أمام اللاء بمظهر المالك الحقيقي والشرعي له (1) .

وعما يدل على أن الأمر يتعلق بحماية الوضع الظاهر وليس بحماية من عيوب الرضا أن القضاء الفرنسي لا يفرق بصدد الاعتقاد الراسخ بين " الفلظ في القانون " و " الفلظ في الواقع " (2) .

ومن الأمثلة التطبيقية لنظرية الوضع الظاهر ما نص عليه المشرع الجزائري بمقتضى المادة 885 مدني من أنه " يبقى صحيحا لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر ابطال سند ملكيته ... اذا ثبت أن الدائن كان حسن النية وقت إبرام عقد الرهن " . ومفاد هذا النص أنه اذا قام مدين برهن عيّن رهنا تأمينيا الى دائن مرتهن ، وكان هذا الدائن يعتقد أن المدين هو المالك فعلا للمدين المرهونة ، وكان يجهل وجود أى سبب من شأنه أنه سيفضي الى بطلان ملكية المدين الراهن للمدين المرهونة ، ثم فوجىء بصدور حكم ببطلان سند ملكية مدينه الراهن لاحد أسباب البطلان المقررة ، فان المدين ، وان كانت ستمسود الى مالكة الأول ، فانها ستمسود اليه متقلة بالرهن الذي أبرم عليه حماية للدائن المرتهن (3) .

ومن بين الحالات الأخرى التي تعتبر تطبيقا لنظرية الوضع الظاهر أيضا ما قرره المشرع الجزائري بمقتضى المادة 742 تجارى من أن بطلان شركة تجارية يحصل منها شركة فعلية أو شركة واقعية (SOCIETE DE FAIT) ، بحيث يقتصر أثر البطلان في مثل هذه الحالة على الشركة . أما بالنسبة الى الغير الذى تعامل معها وهو حسن النية ، فان الشركة تظل قائمة فعلا ، حماية لهذا الغير الذى اطمأن الى قيامها وتعاقده معها بحسن نية (4) .

(1) دويريز (جان) / الرجعية في التصرفات القانونية ، المراجع السابق ، بند 267 ، ص 347

(2) ديكوتينييس / الفلظ في القانون مقال منشور بالمجلة الفصلية للقانون المدني لسنة 1951 ، ص 309 . (DECOTTIGNIES; l'erreur de droit; revue trim. dr. civ. 1951; P. 309)

(3) يراجع في ذلك السنهوري / الوسيط ، ج 10 (يتعلق بالتأمينات الشخصية والعينية) ، بيسروت 1970 ، بند 143 ، ص 314 وما بعد ، وهو يحدد تحليله للمادة 1034 مدني مصري التي جاء نص المادة 585 مدني جزائري مطابقا لها .

(4) يراجع في الأحكام القانونية المنظمة للشركة الفصلية في القانون الجزاء ، الدكتور أحمد محرز / القانون التجارى الجزائري ، ج 2 ، (الشركات التجارية) ، طبع 75 ، بند 74 وما بعد ، ص 92 وما بعد ها .

الفصل الثاني

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

آثار البطلان في الفقه الاسلامي

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

نعالج في هذا الفصل الآثار التي تترتب على بطلان التصرف في الفقه الاسلامي ،
مراعين في ذلك الاوصاف التي اصبغها الفقهاء المسلمون في تقسيمهم للتصرف ، والآثار
التي رتبوها على كل نوع منه ، وذلك وفقا للاجتهادات التي درج عليها الجمهور ،
والتي انفرد بها فقهاء المذهب الحنفي خاصة ، وقد رأينا ان تعرض لحكم التصرف الباطل
في بحث أول ، ثم نردفه ببيان حكم التصرف الفاسد في بحث ثان ، وأخيرا نعالج حكم
التصرف الموقوف في بحث ثالث .

البحث الأول

+++++

حكم التصرف الباطل

+++++

لقد سبق القول بان المقد⁽¹⁾ الصحيح هو ما كان مشروعاً بأصله⁽²⁾ ووصفه⁽³⁾ ولم يتعلق حق الفيريه ، ولا خيار فيه⁽⁴⁾ .

وأوضحنا أيضاً ان البطلان هو عدم اكتساب التصرف وجوده الاعتباري
وآثاره في نظر الشارع ، ومن ثم التصرف غير الصحيح يشمل عند الحنفية
التصرف الباطل ، والتصرف الفاسد على عكس جمهور الفقهاء الذين يرون أن التصرف
الباطل هو غير التصرف الصحيح لا فرق بين باطله وفاسده ، ومن ثم فان التصرف
الباطل عند الأحناف هو ما اختل ركنه أو محله ، أو ما ليس مشروعاً بأصله ولا
بوصفه ، أي انه قد وقع مخالفاً للناحية الجوهرية فيه سواء أكانت ذاتية (أي متعلقة
ببعض الأوصاف المشروطة شرعاً في مقومات التصرف وأركانه) أم كانت شكلية

(1) باعتباره أحد نوعي التصرف القانوني .

(2) يقصد بأصل المقد : ركنه ، ومحله ، فالركن : هو الإيجاب والقبول ، والمحس :
محل المقد . ومعنى كون الركن مشروعاً ألا يعرض له خلل كأن يصدر كل منهما
أو أحدهما من مجنون ، أو صبي غير مميز ، ومعنى كون المحل مشروعاً أن يكون
ماتاً متصقوماً .

(3) يقصد بوصف المقد ما كان خارجاً عن الركن والمحل ككون المبيع غير مقدور
التسليم ، أو البيع إلى أجل غير معين ، لما في هاتين الصورتين من الضرر .

(4) الدكتور وهبة الزحيلي / الفقه الاسلامي وأدلته الشرعية ج 4 ، المرجع السابق ، ص 424 .

محذوفة (1).

هذا ، و الاجتهادات في الفقه الاسلامي تختلف في بعض النواحي من النظام التشريعي ، هل هي جوهرية أساسية يترتب على مخالفتها بطلان كلي ، أو فرعية لا توجب بطلان التصرف من أصله ، وإنما تحدث خللاً آخر يسمى فساداً فيكسرون العقد منه في مرحلة وسط بين الصحة والبطلان أي ما يمكن ان نطلق عليه بلفظه الفقه الحديث : انه قابل للإبطال (2).

ومهما يكن ، فان النتيجة الأساسية للبطلان تجعل التصرف يفقد حكمه ، ولا يترتب عليه الأثر المقرر له شرعاً في حال صحته ، ومن ثم فان العقد اذا تقرر بطلانه يبقى موجوداً من حيث الصورة فقط ، ولكنه يفقد قوته في ترتيب الأثر المقرر له شرعاً .

غير أن هذا الأصل العام ترد عليه حالات استثنائية تجعل العقد بالمقد بالرغم من بطلانه تترتب عليه بعض الآثار التي تترتب على العقد الصحيح ، وهذا ما نعالجه فيما يلي :

المطلب الأول

الآثار الأصلية المترتبة على العقد (3) الباطل

أولاً : العقد الباطل لا ينتج أثراً : وموّدق هذه القاعدة ان التصرف الباطل اذا كان عقداً لا ينشأ الالتزامات المقررة له ، واذا كان اقراراً لم يؤخذ به صاحبه ، واذا كان ابراء لم يسقط به الالتزام (4) ، واذن ، فالعقد لا يعتبر منعقداً فملاً وان وجدت صورته في الخارج فلا يفيد الملك (5) مثل عقد الهبي غير المميز ، والمجنون ، وبيع ما ليس بمال كالميتة ، أو ما ليس بمتقوم كالخنزير اذا كان أحد المتعاملين مسلماً . أي ان العقد الباطل لا يترتب عليه أي حكم أصلاً (6).

(1) الأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء / المدخل الفقهي العام ، ج 2 ، الطبعة السابعة ، بند 346 و 347 ، ص 657 - 658 .

(2) الأستاذ مصطفى الزرقاء / المرجع السابق ، بند 347 ، ص 659 - 660 .

(3) باعتباره أحد نوعي التصرف القانوني .

(4) الأستاذ مصطفى الزرقاء / المدخل ، المرجع السابق ، ج 2 ، ص 663 .

(5) الدكتور وهبة الزحيلي / المرجع السابق ، ج 4 ، ص 425 .

(6) الأستاذ مصطفى الزرقاء / المرجع السابق ، ج 2 ، ص 663 .

واذن ، فإذا تعلق الأمر بعقد بيع باطل مثلاً ، فإن المشتري لا يملك الشيء المبيع ، حتى لو تم قبضه للشيء ، باذن البائع .

ثانياً : الزام كل من الطرفين بالاسترداد :

إذا قام الطرفان بتنفيذ عقد باطل فإن كلا منهما يكون ملزماً بأن يـسرد إلى الآخر ما تلقاه منه ، وله أن يسترد ما سلمه إليه ⁽¹⁾ حتى لو لم يكن أحدهما عالماً بسبب البطلان ، فإن كان العقد الباطل لا زال لم ينقذ فانه - حينئذ - لا يكون لأى من الطرفين أن يطالب الآخر بتنفيذه .

وترتياً على ذلك ، فلو تعلق الأمر بعقد بيع باطل ، فانه لا يحق للبائع أن يلزم المشتري بدفع الثمن ، كما أن المشتري لا يتمتع بحق مطالبة البائع بتسليم الشيء المبيع .

هذا ، وبمضى الفقهاء المسلمين يوسعون من نطاق الآثار المترتبة على العقد الباطل فيقررون - بهذا الصدد - أنه إذا تصرف المشتري في الشيء المبيع له بعقد باطل بعد قبضه فأنه يجوز للبائع أن يسترد المبيع من يد المشتري الثاني على أساس أن العقد الباطل لا ينقل الملكية إلى المشتري ذلك أن تصرف المشتري في البيع للغير الذي تلقاه في العقد الباطل ، يعتبر كأنه قد باع ملك الغير ، وبذلك يبقى هذا البيع متوقفاً على اجازة المالك أى البائع ، فان لم يجز المالك البيع الحاصل من طرف المشتري الأول ، كان له حق استرداد الشيء المبيع .

على أن ظاهر مذهب الإمام مالك لا يجيز الاسترداد في حالة ما إذا كان المتصرف إليه الثاني قد تلقى ملكية الشيء المبيع بعقد بيع صحيح أو هبة أو صدقة وذلك حماية للغير ⁽³⁾ .

على أنه ، في ظل المذهب المالكي ، إذا فات على البائع استرداد الشيء المبيع من المشتري لكونه استهلكه أو تصرف فيه ، فانه يرد إلى البائع إما قيمة الشيء المبيع

(1) الدكتور عبد المجيد الحكيم / الموجز في شرح القانون المدني العراقي ، المرجع السابق ج 1 ص 301 .

(2) الشرح الكبير للشيخ الدردير ، الجزء الثالث ، ص 75 ، والأستاذ مصطفى الزرقاء / المدخل ج 2 ، المرجع السابق ، بند 358 ، ص 671 .

(3) الشيخ الكبير للشيخ أحمد الدردير / ج 3 ، ص 74 .

ان كان قيمياً ، أو مثله إن كان مثلياً (1) .

ثالثاً : العقد الباطل لا ترد عليه الاجازة :

الاجازة تصدر عن المجيز بأرادته المنفردة ، فيها وحدها يقرر الانسان تصرفاً قائماً موقوفاً جمل له الشارع فيه حق الاقرار أو الرفض .

ونظراً لأن العقد الباطل ليس له أى وجود شرعي وانما هو لغو عديم الاعتبار في نظر الشرع ، فانه ليس من المتصور أن ترد عليه الاجازة ، اذ أن الاجازة لا تلتحق إلا بالتصرفات التي تعتبر موجودة من الناحية الشرعية ، ونتيجة لذلك فان الفقهاء قرروا أن التصرف اذا كان باطلاً لعدم أهلية العاقد كما كَوْنُ المَجْنُونِ ، أو وسبب الصغير المميز شيئاً من ماله ، ثم عقل المجنون أو بلغ الصغير وحصلت منهما اجازة التصرف السابق فانه لا يجوز ، لأنه حين نشأته ولد باطلاً فلا يقبل الاجازة (2) . نعم ، لكل منهما ان أراد الحفاظ على التصرف تجديد انشائه (3) .

واذا كان التصرف باطلاً ، فان المقرر ان لكل ذي مصلحة الحق في التمسك بالبطلان ، فان تعلق الأمر بمقد بيع باطل فانه يكون من حق أى من الطرفين ان يمتنع عن تنفيذه .

المطلب الثاني

الآثار العرضية المترتبة على العقد (4) الباطل

على أنه اذا كان المقرر هو ان العقد الباطل لا ينتج أى أثر لأنه معيىدوم الوجود من الناحية الشرعية ، فانه قد ينتج آثاراً عرضية بصفته واقعة عادية وليس

(1) الشرح الكبير للشيخ أحمد الدردير / ج 3 ص 75 وقد سار في هذا الاتجاه الأستاذ مصطفى الزرقاء في مؤلفه المدخل للفقهاء الاسلاميين ج 2 ، المرجع السابق ، بند 358 ، ص 671 .

(2) الأستاذ مصطفى الزرقاء / المدخل ، المرجع السابق ، ج 2 ص 672 وما بعدها .

(3) وما لا شك فيه أن هناك فرقا بين تجديد العقد واجازته ، ذلك أن تجديد العقد يتوقف على توافق الإرادتين بخلاف الاجازة فانها تصدر عن ارادة منفردة ، كما أن أثر العقد المجدد يبدأ من تاريخ تجديده على عكس الاجازة فان لها أثراً رجعياً أى تعود الى تاريخ نشوء التصرف المجاز .

(4) باعتباره أحد نوعي التصرف القانوني .

تصرفاً شرعياً ، على أن أهم هذه الآثار تتمثل في انتقال الضمان إلى المشتري ، وترتيب بعض آثار عقد الزواج الباطل ، وانتقاص المقد وتحويله .
أولاً : انتقال الضمان إلى المشتري :

لقد أسلفنا أن العقد الباطل لا ينتج أي أثر قانوني ، ومن ثم ، فلو فرضنا قيام عقد بيع باطل ، وإن البائع فيه قام بتسليم الشيء المبيع إلى المشتري ، وأن الشيء المبيع هلك في يد هذا الأخير فإنه في هذه الحالة يتعين أن تكون تبعة الهلاك على البائع وليست على المشتري ، والملة تكن في أن المشتري قد قبض المبيع باذن البائع ودون أن تنتقل الملكية إليه ، فيكون المبيع حينئذ بمسئلة أمانة في يد المشتري ، ومن ثم فإن هلاكه على البائع ، لأن هلاك الأمانة يقع على مالكها .

على أنه إذا كان هذا التصور محتملاً ، فإن ذلك لا يمنعنا من القول أيضاً بأن الشيء المبيع قد وضع تحت تصرف المشتري بموجب عقد باطل ، وأن هذا العقد باعتباره واقعة مادية متى اقترن بواقعة التسليم ، فإنه ينفي أعمال فكرة الأمانة ، لأن المشتري يكون قد تلقى الشيء المبيع في هذه الحالة بغية تحقيق مصلحة خاصة به تتمثل في انتفاعه بالشيء المبيع ، وليس على سبيل الأمانة .

والواقع هو أن كلا الرأيين كان له صدى لدى الفقهاء المسلمين ، فمثلاً في إمام الفقه الحنفي نجد اتجاهين ، الاتجاه الأول : يجهل يد المشتري يد أمانة ولا يربط على اقتران التسليم بالبيع الباطل أي أثر ، فيجمل الهلاك على عاتق البائع أعمالاً لقواعد الأمانة ، أما الاتجاه الثاني وهو المستند في المذهب الحنفي ، والمعمول به أيضاً في ظل مذهب الإمام مالك فيرى أن التسليم متى تم قد حصل لصالح المشتري لأنه يحقق مصلحة خاصة به ، فتكون يده يد ضمان ، ومن ثم فإن الهلاك يكون عليه لا على البائع (2) قياساً على ما يعرف " بـ_____

(1) وعلى هذا الاتجاه ذهب المجلة في المادة 370 إذ جاء نصها " البيع الباطل لا يفيد الحكم أصلاً ، فإذا قبض المشتري المبيع باذن البائع في البيع الباطل كان المبيع أمانة في يد المشتري ، فلو هلك بلا عقد لا يضمنه " .

(2) الشيخ أحمد الدردير في الشرح الكبير ، هامش حاشية الدسوقي ج 3 ، ص 70-71 ، الذي يرى أن البيع إذا كان قائماً فإن المشتري يردّه رجوباً ويحتفظ بما انتفع به مقابل الضمان إذ أن الغلة بالضمان .

الشراء" (1)، وبذلك فإن " السبيع الباطل وإن لم يترتب عليه حكمه قد كان له في قبض المبيع أثر وصفي جعله مضمونا " (2).

ثانيا : عقد الزواج :

إذا كان عقد الزواج باطلا وفقا لما ذهب اليه جمهور الفقهاء ، أو فاسدا وفقا للتفرقة التي يأخذ بها المذهب الحنفي بين البطلان والفساد (3)، فإن العقد لا يكون له أي وجود شرعي ولا تترتب عليه آثاره الشرعية كحصول الاستمتاع، ووجوب النفقة ، والتوارث (4) بحال من الأحوال.

على أن عدم توافر شرط الوجود الشرعي للعقد الباطل (أو الفاسد في المذهب الحنفي) لا يمنع هذا العقد أن اقترن بالدخول بالزوجة (5) من ترتيب بعض الآثار بوصفه واقعة عادية ، تتمثل في درء الحد عن الزوجين (6)، واستحقاق الزوجة مهر المثل (7) وثبوت نسب الأولاد من الأب (8) ووجوب الاستبراء من

(1) ويقصد " بسم الشراء " أن المشتري يقبض الشيء من صاحبه على أن إذا أعجبه اشتراه منه ، فإذا هلك في يد المشتري فيكون الخلاك عليه ، (يراجع مؤلف عبد المجيد الحكيم / الموجز ، المرجع السابق ، ص 303).

(2) الأستاذ مصطفى الزرقاء / المرجع السابق ، ج 2 ، ص 667.

(3) وهي التفرقة التي اعتمدها المشرع الجزائري في قانون الأسرة الصادر بقانون رقم : 84-11 بتاريخ 09/06/1984 خاصة في المواد من 32 إلى 35 منه .

(4) الدكتور محمد كامل مرسي / الالتزامات ، ج 1 ، ص 529 وما بعدها ، والدكتور عبد المجيد الحكيم / الموجز ، المرجع السابق ، ص 302.

(5) الدكتور السهموري / مصادر الحق ، ج 4 ، ص 267 وما بعدها .

(6) ذلك لأنه لو وجد هذا العقد قلنا أن العلاقة القائمة بينهما كانت عبارة عن زنى توجب الحد شرعا .

(7) أعطى المشرع الجزائري للمرأة في الزواج الفاسد مهر المثل بصفة مطلقة في حالة عدم تسميته ، على عكس الفقه الإسلامي الذي جعل لها الأقل من المهر المسمى في حالة تحديده في العقد الفاسد ، أو الأقل من مهر المثل ، أي من مهر مثيلاتها من قريباتها ممن تتوفر فيهن صفاتها : جمالا ، وسنا ، ومستوى ثقافيا ، ومركزا .

(8) ذلك أن نسب المولود بزواج باطل أو فاسد يثبت من أبيه وأمه حفاظا على الولد الذي لم يرتكب اثما ، مع وجوب التفريق بين الزوجين في جميع حالات الزواج الباطل أو الفاسد . هذا وقد نص المشرع الجزائري على نسب الولد يثبت من أبيه إذا جاءت به أمه في مدة الحمل ، وأقلها ستة أشهر من تاريخ الدخول ، وأثرها عشرة أشهر ، بمقتضى المادة 42 من قانون الأسرة بينما جمهور الفقهاء يحددون أكثر مدة الحمل بسنة .

تاريخ الفارقة بينهما (1) ، وحرمة المصاهرة (2) .

هذا ، وما يحسن التنبيه إليه أن هذه الأحكام الاستثنائية لم تترتب على مجرد العقد الباطل ، (أو الفاسد) وإنما على فعل الدخول (3) ، لأنه كَوَلًا وجود هذا العقد لا مكن القول بان الاتصال بين الرجل والمرأة كان مجرد زنى لا تأويل فيه لولا استناده الى هذا العقد (4) .

ثالثا : انتقاس العقد في حالة البطالان :

الواقع هو أن هذا الاصطلاح لا وجود له في الفقه الاسلامي ، وان كان هذا لا يضع من القول بأن الفقهاء المسلمين قد تعرضوا لفكرة انتقاس العقد ، والأدلة على ذلك كثيرة ، ويمكن استخلاصها من نصوص فقهية واردة في المذاهب الأربعة ، ومن قبيل ذلك ما يقرره الفقه المالكي من أنه " اذا اشتملت الصفقة على حلال وحرام كالعقد على سلعة وخمر أو خنزير أو غير ذلك ، فالصفقة كلها باطلة . " وقيل يصح البيع فيها عدا الحرام بقسطه من الثمن ، فلو باع الرجل ملكه وملكك غيره في صفقة واحدة صح البيع فيهما ، ولزمه في ملكه ووقف اللزوم في ملك غيره على اجازته (5) .

(1) ان وجوب الاستبراء يراعي فيه التأكد من براءة الرحم ، ذلك أنه حين الحكم بالفرقة بين الزوجين اللذين تم زواجهما بمقتضى عقد باطل (أو فاسد) فإن الزوجة قد تكون حاملا من هذا الزواج ، وفي حالة ثبوت حملها فإن نسب الجنين يشهد من أبيه ، ولهذا كان من الضرورة معرفة الزوجة هل هي حامل أو لا ؟

هذا ، ولومات الزوج بعد أن دخل بالزوجة في نكاح باطل (أو فاسد) فالواجب عليها الاستبراء بالفترة الزمنية المحددة لمدة المطلقة لا لمدة المتوفي عنها زوجها ، وأنها لا تستحق النفقة في فترة الاستبراء لأن النفقة أثر من آثار الزواج الصحيح .

وما يلتفت إليه أن المشرع الجزائري قد أحسن صنعا في صياغته للمادة 34 من قانون الأسرة حين تعبیه بلفظ " الاستبراء " ، بدل لفظ " العدة " إذ أن العدة تترتب على انحلال زواج ناشئ بمقتضى عقد صحيح .

(2) يحرم على الزوج بالزواج الباطل (أو الفاسد) بعد الدخول كما يحرم على الزوجة ما يحرم بالمصاهرة ، فلا يجوز له أن يتزوج أمها أو بنتها ، كما لا يجوز لها أن تتزوج أباه أو ابنه .

(3) الدكتور عبد الرحمان الصابوني / قانون الأحوال الشخصية السوري في الزواج والطلاق ، الطبعة الخامسة ، دمشق 1978-1979 ، ص 253 وما بعدها .

(4) الأستاذ مصطفى الزرقاء / المدخل ، المرجع السابق ، ج 2 ، ص 664 وما بعدها .

(5) ابن جزى / القوانين الفقهية ، ص 260 .

ان هذا النص يوضح بكل جلاء أن العقد اذا كان صحيحا في شق منه وباطلا في شق آخر فان للمالكية رأيين فيه وأولهما : يذهب الى ان الصفقة كلها باطلة ، وثانيهما : يرى أنه في مثل هذا الفرض يجب أن تطبق فكرة انتقاص العقد ، فمثلا في عقد البيع نجزي العقد ، ونزيل الشق الباطل منه ونحذفه ، ونحذفه قائما بالنسبة الى الشق الآخر منه بقسطه من الثمن ، كما أن البيع اذا كان في شق منه نافذا ، وفي شق آخر موقوفا ، فان البيع يصح في الشقين ، فاذا تمت اجازة الشق الموقوف فان البيع ينفذ في الشقين معا ، أما اذا لم تتم اجازة الشق الموقوف ، فان العقد ينقص بمقدار الشق الموقوف فقط ، واذا كان هذا هو موقف الفقه المالكي ، فان هذا الاتجاه هو الممتد أيضا في ظل المذهب الحنفي (1)

أما المذهب الشافعي فان به خلافا فيسأل يستملق بجواز انتقاص العقد من عدمه وقد وجدت فيه ثلاثة اتجاهات (2)

الاتجاه الأول : يقول بجواز انتقاص العقد في كل الحالات بحيث يبقى الشق الصحيح قائما ويسقط الشق الباطل ، ويشبه للمشتري حق الخيار بين فسخ العقد في الشق الصحيح منه ، وبين اتمامه ، فان قرر اتمامه فانه يكون ملزما بدفع الثمن كله في قول ، و يقتصر في قول آخر - على دفع المقابل للشق الصحيح فقط . أما الاتجاه الثاني : فيمنع اعمال فكرة انتقاص العقد بصفة مطلقة ، بدعوى أن العقد اذا جمع حلالا وحراما فان الأمر يستوجب تغليب التحريم على الجواز ، وتقرير بطلان العقد في الشقين معا .

أما الاتجاه الثالث : فيفرض بين فرضين : الفرض الأول : اذا تعلق الأمر بجهالة الثمن فانه يتمين استبعاد فكرة انتقاص العقد بصفة مطلقة . أما الفرض الثاني : فيتصور فيما اذا كان الثمن معلوما وقابلا للانقسام فانه يجوز اعمال فكرة الانتقاص . كما أن هذا الحكم (أي جواز الانتقاص) هو الذي يسرى بالنسبة الى الحالات التي لا وجود فيها للموض كالرهن ، أو اذا كان الجهل بالموض لا دخل له في بطلان العقد كالنكاح .

(1) الدكتور السنهوري / مصادر الحق ، ج 4 ، ص 141 وما بعدها .

(2) الدكتور السنهوري / مصادر الحق ، ج 4 ، ص 144 .

وفيما يتعلق بذهب الامام أحمد بن حنبل ، فان الظاهر فيه أنه يجوز انتقاص العقد اذا كان العوض فيه قابلاً للانقسام على المحل بالأجزاء ، أو كان العقد موضوع الانتقاص ليس من قبيل عقود المماوضات كمقد الرهن وعقد الهبة بدون عوض ، ان في هاتين الصورتين ينعدم عنصر جهالة العوض ، واذن ففي ظل هذا المذهب فان محل التصرف اذا كان قابلاً للانقسام أو ليس فيه عوض فان الشق الصحيح يبقى قائماً ويسقط الشق الباطل منه فقط .

ومن المقرر في هذا الصدد أنه اذا كان المشتري عالماً بأن أحد شقي العقد باطل فانه لا خيار له ، لأنه حينما أجرى التصرف كان على بصيرة منه ، أما اذا لم يكن لديه علم بذلك فانه - حينئذ - يثبت له حق الخيار ، على عكس البائع فانه لا يتمتع بأى خيار في هذا الصدد ، لأنه بتصرفه في ملكه يكون قد رضي بزوال ملكه (1) .

وخلاصة القول : ان فكرة انتقاص العقد قائمة في ظل المذاهب الأربعة مع اختلاف في القيود .

المبحث الثاني

حكم التصرف الفاسد

تمهيد :

سبق أن أوضحنا أن فقهاء الأحناف يتفقون مع جمهور الفقهاء في اعتماد فكرة العقد (2) الصحيح بأنه الصادر من أهله مضافاً الى محل قابل لحكمه ، ولكنهم يخالفونهم بالنسبة الى العقد غير الصحيح ، فبينما يذهب جميع فقهاء المذاهب الإسلامية لمعنى المذهب الحنفي الى أنه مرتبة واحدة ، ويمسك بهرون عنه بالمعقد الباطل ، فان فقهاء المذهب الحنفي يجهلون على مرتبتين : باطل وفاسد (3) ، فالباطل هو ما لم تتوافر له جميع أركانه ، أو هو العقد الذي ليس مشروعاً بأصله ولا بوصفه ، أما العقد الفاسد فهو ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه ، أي أن يصدر من أهل له في محل قابل لحكمه ، غير أن الخلل الذي طرأ عليه يجعله

(1) يراجع في هذا الصدد : المفني هـ 4 ، ص 291 .

(2) باعتباره أحد نوعي التصرف القانوني .

(3) الدكتور عبد المجيد الحكيم / الموجز في مصادر الالتزام هـ 1 ، المرجع السابق ، بند

541 ، ص 298 .

غير سليم بسبب الوصف الملازم له⁽¹⁾ وقد نهى الشارع عنه وذلك كما لو باع شخص الى آخر منزلا واشترط عليه أن يقرضه عشرة ألف دينار مثلا، ففي هذه الصورة نجد العقد قد استوفى أركانه وشرائطه المعتبرة، ولكنه اقترن بوصف منهى عنه وهو اشتراط منفعة زائدة، وقد نهى رسول الله صل الله عليه وسلم عن بيع وشروطه كما نهى عن سلف وبيع، ونهى أيضا عن بيعتين في بيعة واحدة⁽²⁾، ونهى عن بيع السمك في الماء لما فيه من الضرر. ولهذا كان العقد فاسدا.

وفي حالة قيام عقد من هذا النوع فما حكمه ؟

بعد استقراء آراء فقهاء المذهب الحنفي استنبطنا أن الحكم عند هم يختلف قبل القبض وبعد، وذلك على النحو الآتي :

أولاً : حكم العقد الفاسد قبل القبض : سبق القول بأن العقد الفاسد هو عقد موجود وقائم في رأى الأحناف، غير أن الشارع لا يقره ولا يرتب عليه أثره القانوني قبل القبض إذ أنه بالرغم من انعقاده بتوافر ركنه ومحلّه فإن الخلل الذي لحقه في وصفه يعرضه للفسخ (الابطال) ، ويفرض على كل من المتعاقدين القيام باجراءات فسخه بالقول أو بالفعل لأنه صار من واجب كل منهما رفع الفساد، ودرء المعصية المترتبة على مباشرته⁽³⁾.

ومنشأ الخلاف بين الجمهور والأحناف يكمن في مدى تكييفهم لأثر الوصف المنهى عنه، فالجمهور يذهبون الى أن النهي يقتضي عدم وجود العقد شرعاً بصفة مطلقة سواء كان النهي راجعاً الى أصل العقد أو الى وصف ملازم له، فهم يرون أن النهي ما دام ورد من الشارع فالتصرف غير مشروع، ومن ثم فهو عقد باطل لأن النهي يقتضي البطلان، وعلى عكس الأحناف الذين يرون أن النهي إذا كان

(1) أما إذا كان الوصف المنهى عنه غير ملازم للتصرف بل كان مجاوراً له فقط كالنهي عن البيع وقت الأذان يوم الجمعة، فالجمهور يذهبون الى أن التصرف صحيح مع الكراهة على عكس ما إذا كان الوصف المنهى عنه ملازماً للتصرف كالنهي عن بيعتين في بيعة واحدة فيقتضي بطلان الوصف فقط لعدم مشروعيته بمنسباً حقيقة العقد تبقى قائمة لمشروعيتها، يراجع في ذلك مؤلف الدكتور بدران أبو المعينين بدراب / الشريعة الإسلامية، نظرية الملكية والعقود، طبع الاسكندرية، دون ذكر التاريخ، ص 487 وما بعدها.

(2) الدكتور حسن على الشاذلي / النظريات العامة في المعاملات في الفقه الاسلامي، محاضرات لطلاب الدراسات العليا، مطبوعة على الاستنساخ، دون ذكر تاريخ الطبع، ص 24.

(3) الدكتور حسن على الشاذلي / المرجع السابق، ص 25.

يرجع الى أصل المقد أى الى ركنه ومحلّه كصدور الرضا من عديم الأهلية لصرفه في
المن ، أو للجنون ، أو كالفهسي عن بيع ما ليس بمال كالميتة ، أو غير متقوم ، لا يجوز
تملكه بالنسبة الى المسلم كالخنزير والخمر ، فيقتضي بطلان التصرف ومن ثم
فلا يترتب عليه أى أثر ، وهم في هذا يتفقون مع جمهور الفقهاء ، أما اذا كان النهي
راجعا الى وصف ملازم للتصرف فانه يقتضي بطلان هذا الوصف فقط ، أما أصل المقد
فلا يرد عليه البطلان لكونه صادرا من أهله في محله ، ومن ثم فانه يلحقه الفساد
فقط ، وهو أقل من البطلان أى في مركز وسط بين التصرف الصحيح والتصرف
الباطل فهو دون التصرف الصحيح لأنه ناسد الوصف ، وأقوى من الباطل لأنه سليج
الذات ، ونظرا لكونه اجزاء بينهما فقد اعتبر فاسدا (1)

والجدير بالذكر انه اذا أمكن رفع الفساد (الخلل) بشير الفسخ ، فانه لا حاجة
لاتباع أسلوب الفسخ ، فمثلا اذا كان الفساد راجعا للجهة في العقود عليه كجهة
المبيع في عقد البيع ، أو اذا كان الفساد راجعا للجهة المَوْض في عقود المعاوضات
المالية كجهة الثمن في عقد البيع ، أو جهة البدل في عقد الايجار ، أو كانت الجهة
راجعة الى آجال التصرف فيما اذا كان عنصر الزمن ركنا لقيامه كجهة المدة المتعاقدة
عليها في عقد الايجار ، فانه في جميع هذه الافتراضات وأمثالها اذا أمكن رفع الجهة
التي قد تقضي الى نزاع قبل انقضاء مجلس المقد وذلك بتعيين المقود عليه مثلا أو
بتحديد المَوْض كتمن البيع أو بدل الايجار ، أو بتحديد مدة الايجار بأسبوع أو شهر
أو سنة مثلا فان الفساد يرتفع (2) ويصير المقد صحيحا . على انه اذا كان الفساد
متصلبا في المقد كأن يكون راجعا لأحد البدلين كما اذا كان الثمن في عقد البيع
أو كالمسلم المبيع مسرورا لا يجوز تملكه كالخنزير أو الخمر (أى
غير متقوم) بالنسبة الى المسلم فان المقد في هذا الفرض لا يقبل التصحيح .

ثانيا : حكم المقد الفاسد بعد القبض : لقد سبق القول بان المقد الفاسد قبل
القبض لا ينتقل به للمالك وعلى كل من المتعاقدين فسخه ولو بدون رضا الطمس صرف
الآخر ، وعلى القاضي ان يحكم بفسخه بمجرد علمه به ، على انه اذا تم قبض الشيء

(1) الدكتور حسن على الشاذلي / المرجع السابق ص 37 ، والدكتور بدران أبوالمينين
بدران / المرجع السابق ، ص 487 وما بعدها .

(2) الأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء / المدخل الفقهي العام ، المرجع السابق ، ج 2 ،
بتد 373 ، ص 696 وما بعدها .

موضوع العقد الفاسد وفقاً لحكمه الشرعي ؟

فهو الاجابة على هذا السؤال الـ تشير بداخل الى ان المراد بالقض هو القبض الصحيح فمثلا اذا تعلق الأمر بعقد بيع فانه يشترط أن يكون المشتري قد قبض الشيء المبيع باذن من البائع أو في مجلس العقد ، سواء كان الاذن الصادر عن البائع صريحا أو ضمنا ، فان كان القبض قد حصل خارج مجلس العقد فانه يشترط فيه ان يكون صريحا ، أما اذا تم داخل مجلس العقد فانه لا يشترط فيه الاذن الصريح لان قبض المشتري للمبيع دون تعرض من البائع يعتبر اذنا وذلك ان البيع - كما هو مقرر - تسليط يد المشتري على محل العقد ، فاذا قبض المشتري المبيع قبل الافتراق ولم يتعرض له البائع كان ذلك التسليط قبضا (1)

و اذا تحقق القبض ، فان حكم العقد الفاسد يختلف عنه في حالة عدم تحقيقه ، ذلك ان العقد الفاسد في حالة الاخذ يفيد الملك ، الا أنه وان كان يفيد نقل الملكية الى المشتري فان هذه الملكية تبقى غير طيبة بحيث انها لا تصل الى مرتبة الملكية المطلقة المترتبة على العقد الصحيح ، ولذلك فانه يقع على عاتق الطرفين وجوب فسخه طالما انه لم يوجه مانع من الفسخ ، اذ في استمراره والانتفاع به تفسير للفساد (2) ، على ان فسخ العقد الفاسد بعد القبض ، يستوجب التمييز بين فرضين : الفرض الأول : أن يكون الفساد راجعا الى البطلان ، أي متعلقا به لب العقد نفسه ، كان يتحدد بالخبر أو بلحم الخنزير سواء كان محلا للبيع أو ثمناً له ، فان كلا من الطرفين يملك حق الفسخ بدون رضا الطرف الآخر حتى بعد حصول القبض شأنه في ذلك شأن العقد الفاسد قبل القبض (3) وفي هذا يتساوى مع العقد الباطل عند الجمهور .

الفرض الثاني : ألا يكون الفساد راجعا الى البطلان كالببيع بشرط فاسد ، فقد وجد اتجاهان في هذا الصدد ، أولهما يرى أن الطرف الذي له منفعة الشرط هو وحده الذي يتمتع بحق الفسخ ، فاذا أسقط حقه في منفعة الشرط الفاسد زال سبب الفساد ، وصار العقد صحيحا (4) ، أي انه طبقا لهذا الرأي تحدث عملية انقصاص العقد

- (1) الدكتور السنهوري ، مصادر الحق ، ج 4 ، ص 158 وما بعدها ، والدكتور بدران أبو المينين بدران / المرجع السابق ، ص 487 .
- (2) الدكتور حسن علي الشاذلي / المرجع السابق ، ص 25 .
- (3) الكاساني / البدائع ، ج 5 ، ص 301 ، مشار اليه في مؤلف السنهوري ، مصادر الحق ، ج 4 ، ص 157 وما بعدها ، والدكتور حسن علي الشاذلي / المرجع السابق ، ص 489 .
- (4) وهو قول الفقيه محمد صاحب أبي حنيفة ، فقيه من فقهاء المذهب الحنفي .

أي انقاص الشرط الفاسد فيه . يصبح بمقدور الطرف المتمتع بهذا الحق أن يسقط الشرط الفاسد ويطالب بتنفيذ الجزء الصحيح من العقد ، فإذا ما حصلت عملية الانقاص بإزالة الشرط الفاسد الذي لحقه فإن الطرف الآخر لا يستطيع أن يتمسك بفسخ العقد (1) .

وأما ثانيهما (2) فيرى أن حق الفسخ في مثل هذه الحالة يعطى لطرفي العقد معاً ، ويعملون وجهة نظرهم بأن العقد الفاسد في ذاته غير لازم نظراً للفساد الذي شابته وأنه مستحق للفسخ رغمهما للفساد الواجب رفعه .

على أنه ما تجدر ملاحظته في هذا المدة أن فسخ العقد بعد القبض يرد عليه ما كان متعلقاً أولهما بحالة خروج محل العقد الفاسد عن ملك القابض ، ويشتمل ثانيهما حالة تغيير المحل في يد قابضه (3) ، ونحاول تحليلهما بشيء من الايضاح .

المانع الأول : خروج المحل عن مائة القابض : أن المشتري بعقد فاسد إذا قبض البعير ثم تصرف فيه بعد ذلك إلى الغير كان بيعه ثانية أو يهبه أو يتصدق به أو يوصي به وتنفذ وصيته بعد وفاته ، فإن التصرف الصادر من المشتري في البعير له إلى الغير يعتبر مانعاً للفسخ ولا يجوز ، لأن البائع لا يستطيع أن يسترد البعير من يد الغير الذي انتقل إليه الشيء البعير بعقد صحيح ، وتعلق به حق ثابت له ، إذ لا يصح المساس بهذا الحق الثابت للمتصرف إليه .

على أنه يجنب أن يراد في هذا الفرض أمران . أولهما : أن تصرف المشتري للغير لا ينفذ في حق البائع إلا إذا كان التصرف من طرف المشتري لصالح الغير تصرفاً لازماً أي غير قابل للفسخ ، ولم يتقرر فسخه . أما إذا تعلق الأمر بتصرف غير لازم كان يكون البيع من طرف المشتري لصالح الغير بدويرة فاسدة أو كان قد تم فسخه أصلاً لخيار الشرط ، فإن حق الفسخ يبقى مقراً للبائع (4) وثانيهما : أنه إذا استقر التصرف الصادر من المشتري للغير ، فإن البائع يستطيع أن يرجع على المشتري بقيمة الشيء أو بمثله وليس له أن يطالبه بالثمن المسمى ، وقد علل الفقهاء ذلك بأن القيمة هي الموجب الأصلي في البيوع الفاسدة ، وأنه لا يعدل عنها إلى المسمى إلا إذا

(1) الدكتور السنهاوري / مصادر الحق ، ج 4 ، ص 161 .

(2) وهو قول لأبي حنيفة ، وأحبه أبي يوسف .

(3) الدكتور بدران أبو المينين بدران / المرجع السابق ، ص 487 . و الدكتور حسن عيسى الشاذلي / المرجع السابق ، ص 26 .

(4) الكاساني / البدائع ، ج 5 ، ص 301 - 302 ، وأورد نصوصاً له الدكتور السنهاوري في مصادر الحق ، ج 4 ، ص 164 ، وما بعدها .

صحت التسمية ، فإذا لم تصح ، تعين حينئذ الرجوع الى الموجب الأصلي (1).

المانع الثاني : تغيير المحل في يد قابضه : يفترض في هذه الحالة ان الشيء

المبيع قد يلحقه تغيير بعد القبض في يد المشتري بالزيادة فيه ، أو بالنقصان منه ، أو في صورة المبيع نفسه .

(1) فإذا تغير المبيع بالزيادة فيه سواء كانت الزيادة متصلة به كالسمن ، أو منفصلة عنه كالثمار ، فالحكم المقرر هو أنه يجوز فسخ العقد ، فإذا فسخ فيكون من حقه البائع ان يسترد أصل الشيء ، والزيادة التي لحقت به سواء كانت متصلة بمحل العقد أو منفصلة عنه ، لأنها تابعة للأصل ، متولدة عنه .

(2) وفي حالة ما إذا كان تغير المبيع بالنقص منه فإنه لا يمنع من الفسخ أيضا ، وان كانت مسألة استرداد البائع للشيء المبيع تستوجب التمييز بين ثلاثة فروض :

(أ) إذا كان النقص راجعا لآفة مساوية أو لفعل الشيء المبيع نفسه ، أو لفعل المشتري ، فإن البائع يتمتع بحق استرداد الشيء المبيع مع حقه في قبض قيمته النقص الذي لحق المبيع لأن المبيع بيما فاسدا يضمن بالقبض .

(ب) وان كان النقص راجعا لفعل البائع فإنه لا التزام على المشتري ، بحيث يتحمل البائع هنا تهمة العمل الذي صدر عنه .

(ج) أما إذا كان سبب النقص يرجع الى فعل صادر عن أجنبي فإن للبائع الحق في أخذ قيمة النقص من المشتري ، على أنه يمكن للمشتري أن يرجع بهذه القيمة على الغير الذي تسبب بفعله في نقص قيمة محل الشيء المبيع ، كما أن الحق يثبت للبائع في ان يأخذه مباشرة من هذا الغير .

هذا ، ويلاحظ أن المبيع إذا هلك هلكا كلياً في يد المشتري فإن الضمان يكون عليه ، وذلك كما في حالة النقص الراجع الى خطأ المشتري ، أي ان المشتري يتحمل تهمة الهلاك ، فيقع عليه ضمان قيمة المبيع أو مثله للبائع (2).

(3) أما إذا تغير الشيء المبيع من حيث الصورة كأن يكون في الأصل صوفاً ويتم غزله أو كان ثوباً فقطم المشتري وخطئه قبيحاً ، أو بطنه وحشاً (3) ، أو أن تكون

(1) الدكتور السنهوري / مصادر الحق ، ج 4 ، ص 165 .

(2) الدكتور السنهوري / مصادر الحق ، ج 4 ، ص 166 وما بعدها .

(3) الدكتور حسن علي الشاذلي / المرجع السابق ، ص 26 .

أرضاً عارية فيشيد فوقها بناء ، فالمقرر في هذا الصدد أنه لا مجال لا استعمال حق الفسخ وإنما يضمن قيمته أو يرد مثله (1)

ثالثاً: مقارنة بين العقد الباطل والعقد الفاسد في الفقه الاسلامي :

لقد أوضحنا أن فكرة العقد الفاسد من خلق الفقه الحنفي ، وأن العقد الفاسد بعد القبض تترتب عليه آثار معينة ، بحيث إذا قبض المشتري الشيء المبيع قبضاً صحيحاً باذن البائع أو في مجلس العقد ، فإن ملكيته تنتقل إليه ، وتفيد جواز التصرف ولا تفيد إلا انتفاع بحين المملوك كأكله أن كان طعاماً (2) أو ركوبه أن كان سيارة وذلك لأن هذه الملكية لا يظهر أثرها إلا إذا تصرف المشتري في الشيء الذي تلقى ملكيته بمقد فاسد للغير ، أو إذا تغيرت صورة المبيع .

والمقارنة بين العقد الفاسد والعقد الباطل تترتب عليها عدة آثار (3) من بينها ما يلي :

(1) أن العقد الفاسد - شأنه في ذلك شأن العقد الباطل - لا ينتج بصفته تصرفاً شريعياً أي أثر قانوني ، وأن كان العقد الفاسد يختلف عن العقد الباطل في أن له وجوداً قانونياً لأنه انعقد ، غير أن وجوده يبقى مهدداً بالزوال (4) ذلك أن العقد الفاسد يبقى قابلاً للفسخ ، فإذا لم يتم القبض يستطيع كل من الماقددين أن يفسخه دون توقف على رضا الطرف الآخر ومن حاجة إلى حكم قضائي سواء بالقول بالتصريح بالفسخ أو بالهتلان ، أو بالفعل كالمعاطاة لتحقيق الاسترداد (5)

(2) إذا كان العقد الفاسد يرجع فساداً إلى اقتران العقد بشرط فاسد ، فإذا ما حصل انتقاص للعقد أو إسقاط للشرط الفاسد الوارد به ، فإن العقد الفاسد يستطيع أن ينتج - حينئذ - كل الآثار المرتبطة به باعتباره تصرفاً شريعياً ، وأن كان انتاج هذه الآثار

(1) الكاساني / البدائع ج 5 ص 303 و 304 ، مشار إليه في مصادر الحق ج 4 ص 168 .

(2) الدكتور السنبهري / مصادر الحق ج 4 ص 169 ، والدكتور حسن علي الشاذلي / المرجع السابق ص 25 .

(3) يراجع في هذا الصدد الدكتور السنبهري / مصادر الحق ج 4 ص 170 - 171 ، والدكتور شفيق شحاتة / النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية (بالفرنسية) ، بند 170 و بند 172 .

(4) وفي هذا يشق مع العقد القابل للإبطال .

(5) الدكتور حسن علي الشاذلي / المرجع السابق ص 25 .

ليس هو العقد الفاسد بل العقد الصحيح الذي يتم استخالفه من العقد الفاسد بإزالة سبب الفساد .

(3) ان العقد الفاسد ، قد ينتج أمثرا قانونيا بصفته واقعة مادية شأنه في ذلك شأن العقد الباطل ، ويمثل هذا الأثر في انتقال الضمان الى المشتري ، اذ المقرر في هذا الصدد أن العقد الفاسد متى اقترن بالقبض وكان هذا القبض قد حصل باذن البائع أو في مجلس العقد ، فان المشتري يكون قد قبض المبيع بخية تحقيق مصلحة خاصة به ، فتصبح يده بناء على ذلك - كما أسلفنا - يد ضمان وليست يد أمانة ، بحيث اذا هلك الشيء المبيع في يده ، يكون ضامنا لقيمه ان كان المبيع من الأشياء القيمة ، أو لمثلها ان كان المبيع من الأشياء المثلية .

(4) ان العقد الفاسد يتميز عن العقد الباطل فيما يتعلق بوجوده الفعلي كواقعة مادية ، ذلك أن العقد الفاسد ينتج أثرا عرشيا ، غير أن هذا الأثر لا يرتبط بالوجود الفعلي للعقد الفاسد كواقعة مادية ، بل ان مرجعه هو الشرع الذي تولى ترتيب هذا الأثر المتمثل في حماية الغير الذي تصرف اليه المشتري بعقد صحيح خاصة اذا ما أخذنا بعين الاعتبار أنه لا وجود لفكرة الشهر الذي يسمح للغير بأن يتصرف على الفساد الذي يشوب العقد ، لذلك فان الفقه الحنفي قد لجأ الى افتراض مواده أن الملكية التي تنتقل الى المتصرف اليه من المشتري ليس مصدرها العقد الفاسد باعتباره تصرفا شرعيا بل انها تكمن في فكرة القبض باذن البائع ، والتي تتضمن في حد ذاتها تسليما من البائع اليه المشتري يجيز له التصرف في الشيء المبيع⁽¹⁾ ومن الواضح أن اللجوء الى هذه الصلطة الفقهية ، يرجع الى الرغبة في حماية الغير ، وذلك حتى لا يتكسب البائع من فسخ البيع الفاسد ، ويسترد المين من يد الغير .

(5) وأخيرا ، فان العقد الفاسد يتميز عن العقد الباطل في أنه ينتج أثرا آخر لا تقتضيه طبيعته كواقعة مادية ، واما لحكمة ابتناها الشرع تتمثل في حماية المشتري نفسه في عقد البيع الفاسد وليس حماية الغير فقط ، كما رأينا في الحالة السابقة .

ولقد سبق أن أوضحنا أن فقهاء الحنفية قرروا حماية المشتري بعقد فاسد إذا قبض المبيع باذن صريح من البائع أو في مجلس العقد وقام بتغيير صورته تغييراً أخرجه عن صورته الأولى⁽²⁾ فان الشرع يحميه ، ويمنع البائع من استعمال حق الفسخ .

(1) يراجع ما سبق ص 395 من هذه الرسالة .

(2) يراجع ما سبق ص 396 من هذه الرسالة .

هذا ، والملاحظ في هذا الصدد ، ان حماية المشتري في هذه الحالة ليس مرجعها المقعد الفاسد باعتباره تصرفاً شرعياً ان هذا المقعد ليس له وجود من الناحية الشرعية وبالتالي لا ينتج أى أثره ولكن نقل الملكية الذى ترتب عليه يكون باعتباره واقعة مادية اقتصرت بها واقعتان أخريان تتمثلان في القبض الصحيح ، وتغيير صورة البيع ، ذلك ان البائع هو الذى سلب المشتري على الشيء المبيع بتسليمه إياه ، أو بعدم التمرض للمشتري حين قيامه بتسليم الشيء المبيع في مجلس المقعد ، وذلك يعد سبباً كافياً لحماية المشتري⁽¹⁾.

المبحث الثالث +++++

حكم التصرف الموقوف +++++

سبق أن أوضحنا⁽²⁾ أن التصرف الموقوف هو التصرف الذى صدر من أهله مضافاً الى محله مع سلامة أو صافته موقوفاً على اجازة من يملكها شرعاً ممن مالك أو ولي أو وصي⁽³⁾ ، وذلك كتصرف الفضولي في حق الغير بدون اذن شرعي أو كالتائب اذا تجاوز الحدود المرسومة لنيلته ، أو تصرف الصبي المميز في التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والاجارة ، أو تصرف السفه وذى الفطنة⁽⁴⁾ والمعتوه المميز⁽⁵⁾ وتصرفات المذكور عند الفقيه الحنفي : زفر بن الهذيل ، بحكم أن ارادته ناقصة ، وبيع المريض مرض الموت اذا كان في البيع محاباة جاوزت الثلث⁽⁶⁾ ، وتصرفات المدين الممسر لصراراً به ، ائنيه ، وبيع المدين الراهن للمين المرهونة ، ويمكننا من خلال الأمثلة السابقة أن نرد سبب توقف المقعد إما الى إرادة ناقصة ، أو الى محل ناقص ، ويشمل السبب الأول في الصبي المميز ومن يلحق به كالففيه وذى الفطنة ، والمعتوه المميز بحد قرار الحجر عليهم ، والمكره في قول زفر ، ويشمل السبب الثاني في الفضولي ، و نتناول لهما بشيء من الايضاح .

(1) الدكتور السنهوري / مصادره الحق ، ج 4 ، ص 172 .

(2) يراجع ما سبق ص 153 من هذه الرسالة .

(3) الشيخ أبو زهرة / الملكية ونظرية المقعد ، المرجع السابق ، ص 420 .

(4) الدكتور عبد الرازق حسن / نظرية المقعد الموقوف في الفقه الاسلامي ، رسالة ، القاهرة 1969 ، ص 3 .

(5) الدكتور السنهوري / مصادره الحق ، ج 4 ، ص 178 .

(6) الدكتور عبد المجيد الحكيم / الموجز ، ج 1 ، المرجع السابق ، ص 308 .

هذا ، ويحسن بنا قبل التمرض لحكم تصرفاتهما أن نبرز أن الفاية المقصودة من التصرف تتجسم في الأثر المترتب عليه كانتقال ملكية المبيع في عقد البيع من البائع الى المشتري ، غير أننا في المقعد الموقوف نجد هذا الأثر لا يترتب الا بعد صدور الاجازة من يملكها شرعاً .

واذن ، فالتصرف الموقوف هو تصرف المقعد صحيحاً لكونه صادراً من أهله مضافاً الى محله ولكن حكمه يتراخى الى حين صدور الاجازة (1) من يملكها . ونستخلص مما سلف ان للتصرف الموقوف خاصيتين جوهريتين :

أولاهما : ان التصرف - بحسب الأصل - يكون صحيحاً في فترة توقعه ، أي أنه انمقد صحيحاً بحيث لا يكون له وجود مادي فقط ، وإنما يكون له وجود شرعي قانوني ، غير أن هذا الوجود لا تنبئ عليه آثاره ، ولذلك فينظر اليه من هذه الزاوية على أنه شبهه بالتصرف الباطل ، غير أنه يختلف عنه في أن آثاره موقوفة وليست منعدمة (2) وهذا التوقف لآثاره يجعله في مركز قلق ، فقد يزول التصرف كلية ويصبح كأن لم يكن ، وفي هذا يتساوى مع التصرف الباطل ، وقد يتحصن بالاجازة فيتساوى مع التصرف النافذ في الحال ، على أساس أن الاجازة أشراً رجعياً الى حين إبرام التصرف ، وبعبارة أدق ، فإن الأمر يتمسك خلال هذه المرحلة بمجرد افتراض قانوني ، أي أننا نفترض أن التصرف صحيح فاذا ما تم اقراره ممن له الحق في ذلك قلنا ان التصرف كان متوقفاً على شرط واقف هو الاقرار ، فان تحقق هذا الشرط فان التصرف يصير صحيحاً منذ لحظة اجرائه .

ثانيتهما : ان التصرف الموقوف لا ينتج أثره الا بعد اقراره من طرف الشخص الذي تمتهر اجازته ضرورة لكي يصبح التصرف صحيحاً نافذاً . و نتناول حكم التصرف الموقوف في صورتين أساسيتين له وهما : نقص الأهلية ، والنقص في

حكم المقعد الموقوف انقص الأهلية :

بما أن القاصر يتصرف نيابة عنه وليه ، فان لم يوجد حل محله الوصي ، وان المحجور عليه لجنون أو عته أو سفه أو غفلة ينصب له قيم يكون بمثابة الوصي ، فان

(1) الدكتور عبد الرازق حسن فرج / المرجع السابق ، ص 176 .

(2) الدكتور المنهوي / مصادر الحق ، ج 4 ، ص 181 .

كلا من الولي و الوصي و القيم لا يملك أن يتصرف في مال القاصر أو المحجور عليه تصرفا ضارا ضررا محضا به ، نعم ان كلا منهم يملك أن يباشر لمصلحة القاصر أو المحجور عليه تصرفا نافعا نفعا محضا ، أما التصرفات التي تدور بين النفع و الضرر فيملكهم الولي بشرط ألا يلحق بالقاصر أو المحجور عليه غنا فاحشا ، على عكس الفسخ اليسير وهو ما يتسامح فيه الناس عادة فينفذ في حقه .

وفي حالة ما اذا باشر الصغير المميز تصرفات بنفسه وكانت دأثرة بين النفع و الضرر فانها تتمعد صحيحة موقوفة على اجازة الولي أو الوصي فاذا أجازها الولي أو الوصي أو أجازها القاصر بعد بلوغه سن الرشد صارت نافذة في حقه .

حكم الموقوف لتعلق حق الغير بالملك :

سبق أن أوردنا بعض صور تعلق حق الغير بالملك (1) وأهمها تصرف الفضولي (2) و تصرفات المدين الراهن في الشيء المرهون له لدائن مرتين ، و تصرفات الموءجر في عين ترتب عليها حق الانتفاع للمستأجر ، و تصرفات المريض مرض الموت . و حكم تصرف الفضولي يتمعد صحيحا ولكنه موقوف (3) فلا ينتج أثره إلا باجازة المالك للشيء موضوع التصرف ، و اذن ، فيكون لتصرف الفضولي وجوب قانوني ولكن أثره يوقف مثل التصرف الصادر من ناقص الأهلية .

وقد أجاز المالكية تصرف الفضولي سواء كان بيعا أو شراء ، و جملوه موقوفا على اجازة المتصرف عنه بائعا أو مشتريا ، و حجتهم في ذلك ما روى أن النبي صلى الله عليه و سلم دفع الى عروة الهارقي ديناراً ، و قال : " اشتر لنا من هذا الجلب شاة " ، قال : " فاشترت شاتين بديناره و بعت احدي الشاتين بديناره و جئت بالشاة و الدينار " ، فقلت : " يا رسول الله ، هذه شاتكم و ديناركم " ، فقال : " اللهم بارك له في صفقة يمينه " .

(1) يراجع ما سبق ص ص 153-155 من هذه الرسالة .

(2) الفضولي في الفقه الاسلامي هو من يتدخل في شؤون الغير دون توكيل أو نيابة و ليس من اللازم أن يقوم بحاجة ضرورية عاجلة وفق ما يتطلبه القانون المدني المصري ، فمثلا من باع ملك غيره دون نيابة أو توكيل من المالك فهو فضولي سواء باعه على أنه مال مملوك له أو على أنه مال مملوك لغيره ، و سواء أعلم المشتري منه بفضوليته أم لم يعلم . يراجع مؤلف الدكتور عبد المجيد الحكيم / الموجز ، المرجع السابق ، ص 309 . و الدكتور السنهوري / مصادر الحق ، ج 4 ، ص 183 .

(3) الدكتور السنهوري / مصادر الحق ، ج 4 ، ص 184 ، و الدكتور عبد المجيد الحكيم / الموجز ، المرجع السابق ، ص 309 .

فمن هذا الحديث استنبط المالكية الجواز في الصورتين لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يأمر في الشاة الثانية لا بالشراء ولا بالبيع⁽¹⁾

بينما الشافعية منعوا الفضولي من التصرف في الوجهين مما جعلوه باطلا مستنديين إلى النهي الوارد عن بيع الرجل ما ليس عنده⁽²⁾

بينما الأحناف أجازوا تصرف الفضولي في حالة البيع وجعلوه موقوفاً ومنعوه في صورة الشراء⁽³⁾ فإذا ما اشترى لغيره فإن أثر هذا التصرف ينصرف إليه فقد جاء في الفتاوى الخانية "وشراء الفضولي لا يتوقف، ويكون مشترياً لنفسه"⁽⁴⁾

ومن المروى السابق لكل من تصرف ناقص الأهلية وتصرف الفضولي نكاحاً حسطاً أن التصرف الموقوف يمر بمرحلتين: مرحلة ما قبل الإجازة، ومرحلة ما بعد الإجازة.

حكم التصرف الموقوف قبل الإجازة:

التصرف الذي يباشره ناقص الأهلية وبدور بين النفع والضرر ينمقد صحيحاً، ولكنه لا ينتج أثره قبل إجازة الولي أو الوصي له، ولا ينفذ قبلها، أي لا تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري ولا يلزم المشتري بدفع الثمن⁽⁵⁾

كما أن تصرف الفضولي ينمقد موقوفاً على إجازة المالك، وتصرف المدينين الراهنين في المدين المرهونة يتوقف نفاذه على إجازة الدائن المرتهن لتعلق جقه بالمدين موضوع التصرف، فإن إجازة أوقضى المدين الراهن دينه نفذ التصرف لأن التوقف كان قد لحقه وقضى بسقوطه.

هذا، ويحق للفضولي أن يرفع دعوى الفسخ قبل إجازة المالك ليدفع التعهد عن نفسه، لأنه بعد الإجازة يصير كالوكيل عنه، فيلتزم بالتسليم، وبضمنان الميوب الخفية⁽⁶⁾ ولذلك، فيمكنه أن يتوقى ذلك الضرر بالفسخ قبل نهوته.

- (1) الأستاذ محمد مصطفى شلبي / المدخل والمرجع السابق، ص 542 - 543.
- (2) ابن رشد / بداية المجتهد، ج 2، الطبعة السادسة، بيروت 1982، ص 172.
- (3) الدكتور محمد يوسف موسى / الفقه الإسلامي، مدخل لدراسة نظام المعاملات فيه، الطبعة الثالثة، القاهرة 1958، ص 395.
- (4) الفتاوى الخانية على عامش الفتاوى الهندية، ج 2، ص 173، أو رد نصه الدكتور السنيهوري / مصادر الحق، ج 4، ص 190.
- (5) الدكتور السنيهوري / مصادر الحق، ج 4، ص 181.
- (6) الأستاذ محمد مصطفى شلبي / المدخل في التصريف بالفقه الإسلامي، بيروت 1969، ص 546.

كما يثبت هذا الحق للمشتري منه أيضا تحفظ الزوم المقدر في حقه .

وفي حالة هلاك الشيء المتصرف فيه تصرفا موقوفا قبل الاجازة ، فمن يتحمل تبعه الهلاك ؟

للاجابة على هذا التساؤل نقول : اذا هلك الشيء في يد الفضولي فان التصرف يبطل ولا ضمان على أحد (1) ، و اذا سلمه الفضولي الى المشتري فهلك قبل الاجازة فللمالك ان يطالب الفضولي او المشتري ، ولا محل حينئذ للاجسازة .
حكم التصرف الموقوف بعد الاجازة (2)

التصرف الموقوف اذا اجيز اجازة معتبرة شرعا فانه ينتج أثره مستندا الى وقت انعقاد .

هذا ، ومما تحسن الاشارة اليه هو أن الاجازة تصرف ارادى تصدر من المالك صراحة او دلالة ، فيجب لصحتها ان تتوافر الشروط الآتية :

(1) وجود العاقدین وقت صدور التصرف ووقت الاجازة معا . فاذا امتسك احدهما قبل ان يجيز المالك ، او من له الحق فيها شرعا ، فانها لا تلحق التصرف الموقوف ، اذ ان " الاجازة تصرف في المقدر بالابقاء فلا بد من قيامه ، و ذلك بقيام العاقدین والمعقود عليه " (3)

(2) ان يكون محل التصرف (والثمن أيضا) مازال قائما وموجودا وقت صدور الاجازة ، فاذا حدث أن هلك محل التصرف فان الاجازة لا تصح ، ولا نهسا ترد على محل غير قائم وغير موجود ، ومن ثم فان التصرف يبطل من اساسه (4)

(3) أن يكون للتصرف مجيز وقت صدوره ، لان التصرف اذا لم يكن له مجيز وقت صدوره فلا يمكن تصور اجازته فورا عقب صدوره ، فلو توفي المالك فسي حالة بيع الفضولي فان اجازة ورثته لا تجوز لهطلان التصرف بموته ، اذ ان القاعدة الشرعية الممتدة عند الأحناف تفيد " بان مالا مجهول عند وجوده لا

(1) الدكتور عبد الرازق حسن فرج / المرجع السابق ، ص 184 ، وما بعدها ، معتمد في هذا الحكم على ما جاء في فتح القدير ، ج 5 ، ص 313 .

(2) والاجازة شرعا عرفها بعض الفقهاء بانها رفع المانع ، وعرفها البعض الآخر بانها تصرف في المقدر بالابقاء ، توجب نفاذه ، وترتب عليه حكمه .

(3) الاستاذ محمد مصطفى شلبي / المدخل ، المرجع السابق ، ص 545 .

(4) الدكتور عبد الرازق حسن فرج / المرجع السابق ، ص 225 ، هامش (2) ، نقلا عن الهداية ج 5 ، ص 311 .

تلقفه الاجازة⁽¹⁾، على عكس الملكية والجنابلة فهم يشترطون وجود المجهز حال صدوره ولا يشترطون بقاء الى وقت الاجازة، فاذا مات من يتمتع بحق الاجازة قبل ان يجهز التصرف الموقوف قام ورثته مقامه في ذلك . وعلى هذا الرأي فذهب المشرع العراقي في المادة 136/1 من القانون المدني ان نص على انه "... يشترط في صحتها (الاجازة) وجود من يملكها وقت صدور العقد ، ولا يشترط قيام الماقدين او المالك الاصلي او المعقود عليه وقت الاجازة " ، فيكون بذلك قد اكتفى بقيام عناصر التصرف وقت صدوره دون وقت صدور الاجازة⁽²⁾ ، طبقاً للقاعدة : " الاجازة اللاحقة وكالة سابقة " . ويتربط على ذلك ان كل ما يحدث في محل التصرف الموقوف من زيادة كالثمار والنماء المتصل والمنفصل تثبت ملكيته لمن يملك الاصل بالاجازة⁽³⁾ ، ولو حصل قبل صدورها .

فاذا حصل ان رفض المالك اجازة تصرف الفضولي او رفض اجازة تصرف ناقص الاهلية الدائر بين النفع والضرر ، فان التصرف لا ينفذ ، وبالتالي يترتب على الرد اسقاط الحق في الاجازة ، ولا يستطيع المالك اجازته بعد رده⁽⁴⁾ ، ومن ثم يصير التصرف الموقوف باطلاً .

هذاء والتصرف اذا كان في شق منه نافذا وفي شق آخر موقوفاً ، فبالاحتمال يرون انه يترتب على اجازة العقد في الشق الموقوف ان يصبح التصرف صحيحاً نافذاً في الشقين معاً ، والا انتقص التصرف فنفذ في شق وسقط في الشق الآخر ، ووافقهم الملكية في هذا الاتجاه ، فقد اورد ابن جزى في القوانين الفقهية " ولو باع الرجل ملكه وملك غيره في صفقة واحدة صح البيع فيهما ولزمه في ملكه ووقف للزوم في ملك غيره على اجازته " .⁽⁵⁾

هل هناك تقادم يرد على اجازة العقد الموقوف ؟

ان المالك في التصرف الموقوف اذا بقي ساكناً ، اي لم تصدر منه اجازة ، ولم يحصل منه رد ، فالمقرر في المذهب الحنفي ان ليس هناك وقت محدد ينقضي بانقضائه .

- (1) الدكتور عبد الرازق حسن فرج / المرجع السابق ، ص 224 .
- (2) الدكتور عبد المجيد النعيم / المجلد 1 ، المرجع السابق ، ص 314 - 315 .
- (3) الدكتور السنهوري / مصادر الحق ، ج 4 ، ص 194 ، و الدكتور عبد الرازق حسن فرج / المرجع السابق ، ص 233 .
- (4) الدكتور عبد الرازق حسن فرج / المرجع السابق ، ص 238 .
- (5) ابن جزى / القوانين الفقهية ، طبع لبنان ، دون ذكر تاريخ الطبع ، ص 223 - 224 .

حق المالك في الاجازة اوردھا ، وهذا من شأنه اطالة مدة توقف التصرف ، وجعل التعامل غير مستقر .

أما الفقه المالكي فيرى أن " الفضولي إذا باع بحضرة المالك وسكت هذا ، اعتبر سكوتة اجازة ، وان باع بغير حضرته وبلغه ، فسكت عاما من وقت علمه ، اعتبر سكوتة اجازة " (1)

كما ان الفقه المالكي يضيف ايضا ان المالك المجيز ، له ان يطالب الفضولي بالثمن ما لم يمض عام ، فان مضى وهو سكت سقط حقه ، هذا ان بيع بحضرته ، وان بيع بغير حضرته مالم تمض مدة حيازة محددة بمشرة اعوام (2)

ونحن نرى ان الفقه المالكي في هذه الجزئية كان اكثر تماشيا مع المنطوق ، في كونه حدد تقادم حق المالك في الاجازة او الرد بسنة واحدة من يوم العلم ، وذلك لاستقرار المعاملات ، وسقوط حقه في الحصول على الثمن بسنة اذا كان حاضرا ، وبمشر سنوات في حالة غيابه .

وقد كان لهذا الرأي صداه لدى المشرع العراقي الذي انفرد عن المشرعين العرب في الاخذ بالمقد الموقوف ان جعل هذه المدة قصيرة جدا ، فحصرها في المادة 2/136 بثلاثة أشهر يثبت خلالها للمالك حق الاجازة او النقص ، وانقضائها يعتبر المقد نافذا ، سميا منه الى استقرار المعاملات ، وصيانتها من الاضطراب (3)

(1) و (2) الشيخ احمد الدريسي / الشرح الكبير على مختصر خليل ، ج 3 ، ص 12 .

(2) الدكتور عبد المجيد الحكيم / الموجز ، ج 1 ، المرجع السابق ، ص 314 - 316 .

مقارنة آثار البطلان في القانون الوضعي وفي الفقه الاسلامي

بعد أن بينا آثار البطلان في كل من القانون الوضعي و الفقه الاسلامي ،نعمد في هذا الفصل الى عقد مقارنة سريعة بين هذه الآثار ،فنقارن بين آثار البطلان في كل من القانون الوضعي وفي الفقه الاسلامي .

وحتى تكون دراستنا مبرزة للدور الذي لعبه فقهاء الشريعة الإسلامية فائنا
سنعتمد التقسيمات التي قال بها هؤلاء الفقهاء لنرى ما يقابلها من احكام
في ظل القانون الوضعي .

أولاً : فيما يتعلق بالتصرف الباطل : يمكن إبراز خصائصه فيما يلي :

(1) إذا كان المقرّر في ظل القانون الوضعي أن البطلان يؤدّون إلى منفع
التصرف من إنتاج الآثار التي يربتها القانون في حال صحته، فإن فقهاء الشريعة
الإسلامية سبقوهم في اعتماد هذا الحكم إذ قرروا أن بطلان التصرف يفقده حكمه،
أي أنه لا يربط الآثار المقررة له شرعاً في حال صحته .

(2) ان المبدأ المحتمد في كل منهما (أى في القانون الوضعي وفي الفقه الاسلامي) هو أن المطلقان يوءدى الى الزام كل من طرفي التصرف الباطل بأن يعيد الى الطرف الآخر ما تلقاه منه في حالة ما اذا تم تنفيذه أو بدىء في تنفيذه .

على أنه تجدر الإشارة في هذا الصدد الى أن المشرعين الوضعيين قد عمدوا الى وضع أحكام تشريعية مفصلة لحكم الاسترداد ، ففي حالة ما اذا استحال على أحد الطرفين أن يرد الى الآخر ما تلقاه منه بموجب التصرف الباطل فإنه يمكن الاستئجار بالأحكام الواردة في القانون المدني الجزائري والمتعلقة باسترداد الثمار (المادة 837/1 مدني) وبالمشآت والفراس (المادتان 784 و 785 مدني) وبالمصاريف (المادة 839 مدني) فان استحالة تطبيق هذه الأحكام فإنه يلجأ - حينئذ - الى تمويض الطرف الذي لم يتمكن من الاسترداد الى الحكم له بتمويض مصادل (المادة 103/1 مدني) .

(3) إذا كان التصرف الباطل قد يترتب آثاراً عرضية في ظل القانون الوضعي تتمثل في مسائلة من صدر منه البطلان على أساس المسؤولية التقصيرية، وذلك باعتماد نظرتي : الزواج الظني، و البطلان الجزئي، وقد رأينا - في التحليل السابق - أن

الجزائري تبني صورتين تطبيقيتين له تتمثلان في انقاص التصرف وتحولسـه (المادتان 104 و 105 مدني) ، فان مثل هذه الآثار المرضية معروفة ايضا لدى الفقهاء المسلمين ، ومن قبيل ذلك ان هؤلاء الفقهاء بحثوا في طبعية الالتزام الذي يقع على عاتق من انتقل اليه المبيع بمقد باطل ، فقد ارتأى بعضهم ان هذا الالتزام يقع على البائع طبقا لقواعد الامانة ، وفي حين ان البعض الآخر رتب هذا الالتزام في ذمة المشتري على أساس قواعد الضمان . كما ان فقهاء الشريعة الاسلامية بحثوا في عقد الزواج الباطل - او الفاسد اذا اعتمدنا اصطلاح فقهاء الحنفية - ورثبوا عليه آثارا لا تترتب اصلا على المقد الباطل ، وهي آثار عديدة من بينها ثبوت نسب الاولاد من الاب ، وهذا الحكم لم تستد به التشريعات الوضعية الا في وقت لاحق . كما ان فقهاء الشريعة الاسلامية أولوا عناينة قصوى لمناقشة مسألة مدى جواز انقاص المقد ، وذهبوا في غالبيتهم الى الأخذ بهذه الفكرة .

(4) ان المقرر في كل من القانون الوضعي و الفقه الاسلامي هو ان البطلان متى تم تقريره لا يمكن أن تؤدى فكرة الرجعية التي تعبر ملازمة له الى المساس بحقوق الغير ، ضمانا لجدا استقرار المعاملات .

ثانيا : وفيما يتعلق بالتصرف الفاسد ، الذى قال به فقهاء المذهب الحنفي حين تصنيفهم لدرجات البطلان ، فان هذا المقد ليس له ما يقابله في القانون الوضعي ، على ان المقد الفاسد يتميز بميزتين :

(1) فهو يمتاز باحكام مختلفة بحسب ما اذا حصل فيه قبض من عدمه .

(أ) فهو قبل القبض موجود وقائم ولكنه لا يرتب آثاره المقصودة منه ، لانه وان كان قائما يبقى مضررا للفسخ (الابطال) ، ويبقى على عاتق كل من طرفي المقد ان يرفع الفساد الذى لحقه درءا للمعصية التي تترتب على مباشرته ، مما لم يكن بالامكان رفع هذا الفساد دون حاجة للفسخ كرفع جهالة البدل في عقد الايجار قبل انفضاض مجلس المقد ، لأن التصرف في مثل هذه الحالة سيتحول من تصرف فاسد الى تصرف صحيح طالما انه مازال قابلا للتصحيح .

(ب) اما اذا تحقق القبض بمقتضى عقد فاسد وكان هذا القبض صحيحا ، فانه ينقل الملك ، وان كانت هذه الملكية تبقى غير سليمة ، ولذلك ، فانه يقع

على الطرفين عبء فسخ المقد الذي كان مصدرا له ، فان كان الفساد راجعا الى البدل (كلحم الخنزير) فان كلا من الطرفين يتمتع بحق الفسخ دون التوقف على رضا الطرف الآخر ، أما اذا لم يكن الفساد راجعا الى بدل ففي رأى البعض يبقى حق الفسخ مقصورا على من له حق المنفعة من الشرط الفاسد ، فان أسقط حقه فانه يحدث انقاص للمقد ، وبموجبها يتم الوقوف عند حد اسقاط الشرط الفاسد مع تنفيذ الجزء الصحيح المتبقى من المقد . أما البعض الآخر فيرى الإبقاء على الحق في الفسخ للطرفين معا .

(2) ان تطبيق أحكام المقد الفاسد - الآتية الذكر - مرهون بعدم المساس بحقوق الغير ، ان المقرر انه متى تم التصرف في المبيع الذي تم قبضه بموجب عقد فاسد لصالح الغير ، فان هذا التصرف الصادر لصالح الغير يعتبر ما نعا للفسخ طالما توافرت في هذا التصرف الأخير صفة اللزوم .

ثالثا : بالنسبة الى التصرف الموقوف :

فيما يتعلق بالتصرف الموقوف ، فهو وان كان يقترب من التصرف القابل للإبطال في الفقه الوضعي لانهما ينصرفان مما ليشملا حالتها الولاية على التصرف (المتشكلة في تصرفات ناقص الأهلية) والولاية على المحل (المتعلقة بالتصرف في ملك الغير) الا انهما يتميزان من حيث حكمهما في كون التصرف الموقوف صورة عكسية للتصرف القابل للإبطال .

ذلك ان التصرف الموقوف يعتبر تصرفا غير قادر على انتاج أى اثر قانوني الى حين صدور اجازة بشأنه ممن يملكها شرعا ، فيصبح - حينئذ - فقط قادرا على ترتيب آثاره الشرعية ، وذلك على خلاف التصرف القابل للإبطال الذي يعتبر موجودا ومنتجا لآثاره ولا يزول الا اذا صدر حكم بإبطاله .

، وان ، فان الفرق الجوهرى بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي في هذا الصدد هو ان الاول آثار انقضاء البطلان على التصرف لحين اجازته فينقلب صحيحا ، في حين ان الثاني آثار اتباع منهجية مكوسمة فجعل التصرف صحيحا منتجا لآثاره ، وجعل الاجازة تقويه فقط ، وباتخاذ موقف ايجابي ضدها يبطل التصرف .

و الواقع هو ان المقارنة بين هذين الحكمين تهيئ سمو الحكم الذي اعتمدته فقهاء الشريعة الاسلامية ، ذلك ان تقريرهم لبطلان التصرف الموقوف طالما لم تتم اجازته ،

قد جعلتهم في غنى عن اللجوء الى فكرة عدم النفاذ في جانب صاحب الحق الا صلي ، والتي جعلت الفقه الوضعي مضطرا الى اعتمادها بعد اعتباره المسقد قائما وصحيحا . فقد رأينا مثلا في بيع ملك الغير أن القانون الوضعي قد اضطر بعد اعتباره هذا العقد قابلا للابطال لمصلحة المشتري وحده ، الى تكملة باعتباره أيضا غير سار في مواجهة المالك الحقيقي طالما انه لم يقر باجازه ، وذلك على خلاف ما هو مقرر في الفقه الاسلامي من أن هذا البيع يبقى غير منتج لآثاره طالما لم تتم اجازته من المالك للشيء المبيع ، وهو حل يفنينا عن اعتماد فكرة عدم السران .

كما أنه لا يمزب عنا أن موقف القانون الوضعي مصيب ، لانه يتضمن خروجاً على الصياغة القانونية ، فالمقرر بصدد العقد القابل للابطال هو ان حق الاجازة أودع الاجازة قلصر على المتماقد وحده الذي يقرر البطلان لمصلحته ولا يتوقف على غير المتماقد . ولذلك كان أولى بالمشرع الجزائي في القانون المدني - خاصة وأنه اعتمد احكام الشريعة الاسلامية كمصدر اساسي للقانون المدني - أن يعتمد احكام العقد الموقوف المقررة لدى فقهاء الشريعة الاسلامية ، فيقرر ان بيع ملك الغير لا يمكنه أن يترتب أي أثر قبل اجازته من طرف المالك الحقيقي للمبيع ، دون أن يتطلب اجازة هذا البيع من طرف المشتري ، لان اجازة المالك الحقيقي كقيلة بأن تجعل التصرف الصادر لصالح المشتري صحيحا ، وفي نفس الوقت يصبح فيه نافذا بالنسبة اليه بحقتضى الاجازة الصادرة عنه .

وحتى لا نفرض موقف المشرع الجزائي من اخذه بفكرة العقد الموقوف نشير الى أنه نص في المادة 83 من قانون الأسرة على ان تصرفات الصبي المميز تسبق موقوفة النفاذ على اجازة وليه أو وصيه فيما اذا كانت مترددة بين النفع والضرر .

وتتمة لتحليلنا لآثار البطلان ، فإننا نشير الى ان القانون الوضعي قد درج على جمع عيوب الارادة المتمثلة في الغلط ، والتدليس ، والاكراه ، والاستغلال في بوتقة واحدة ، ورتب عليها نفس الجزاء الذي يتمثل في جعل التصرف قابلا للابطال ، وأعطى - بناء على ذلك - للطرف الذي شيعت ارادته بإحدى هذه العيوب الحق في طلب ابطال التصرف الذي اجراه . على اننا لو رجعنا الى آراء الفقهاء المسلمين - كما سبق في عرض تحليلنا لهذه العيوب⁽¹⁾ - لوجدناهم لم يتوصلوا في الكثير منها

(1) وقد أثرتنا التمرض لا حكامها ونحن بصدد تحليلنا لميوب الرضا في القانون الجزائي (يراجع ما سبق تحليله في مجال البطلان النسبي في القانون الجزائي ، ...)

الأحيان إلى حل موحد بشأن الجزاء المترتب على توافر كل من هذه العيوب .
ويظهر ذلك خاصة في حكم الإكراه إذ تشعبت آراء الفقهاء المسلمين بصدده
إلى قائل باعتباره سببا للبطلان ، ومقرر بأنه سبب لفساد التصرف ، ومطالبين
باعتبار التصرف في حالة توافره تصرفا غير موقوف ، ومثل هذا الاختلاف يجعل من
الصعوبة التوصل إلى حل موحد بشأن تصنيف عيوب الإرادة حتى مع اعتمادنا
للتقسيم الذي قال به فقهاء المذهب الحنفي بصدده درجات البطلان . نعم إننا
حاولنا أن نضوع من ذلك نظرية عامة لهذه العيوب ، ولكن ذلك لا يمنع من القول
بأن الأحكام المتعلقة بها جاءت متناثرة بين مواضع مختلفة لدى الفقهاء
المسلمين .

غير أن هذا التناثر ، وإن كان من شأنه أن يجعل البحث عسيرا ، يكشف
لنا عن مستوى الإبداع الفني الذي وصل إليه فقهاء الشريعة الإسلامية . كما يمكن
تفسيره بأن فقهاء شريعتنا الفراء تأثروا بالنزعة الموضوعية مع الوقوف عند مستوى
الإرادة الظاهرة دون الفوض في الإرادة الباطنة التي ترتبط بها عيوب الإرادة
أصلا .

وخاتما لهذه الملاحظات نشير إلى أنه لو أعطى لنا حق الخيار بين فكرتي
التصرف القابل للإبطال والتصرف الموقوف بصدده الأثر المترتب على عيوب الإرادة السابق
ذكرها ، ملحقا بها نقص الأهلية - فإننا مما لا شك فيه سنختار اصطلاح التصرف
الموقوف مع اعتماد أحكامه بهذا الصدد . ذلك ، إن هذا الاصطلاح - في نظرنا -
أكثر ملاءمة لصيوبة الرضا ، فضلا عن كونه سيميز لنا الصلة الوثيقة القائمة بين
هذه العيوب وبين نقص الأهلية ، فإنه سيجعل التصرف موقفا ، وهو حل سيجنبنا عن
الكثير من المناقشات الفقهية وخاصة ذلك الجدل الفقهي الصاحب الذي أثير بشأن
مدى تقبل فكرة البطلان النسبي في حد ذاتها ، فليعتبر التصرف موقفا ، معناه أن
هذا التصرف سيبقى غير منتج لآثاره الشرعية المقصودة منه إلى حين إجازته ، وإن
كنا نتطلب في هذا الصدد اعتماد معطيات المذهب المالكي فيما يتعلق بوجوب
تحديد المدة التي يجب أن تصدر الإجازة خلالها من يملكها شرعا ، لينقلب التصرف
الموقوف بعد انتهائها إلى تصرف لازم .

.../... صفحة 244 وما بعدها من هذه الرسالة (سحيا منا إلى تبسيط أحكامها فسي
الفقه الإسلامي وبيان مدى تطور أحكام هذا الفقه بالمقارنة مع الحلول التي تسم
اعتمادها من طرف القانون الوضعي .

XX

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

XX

+++++

+++++

(1) الأستاذان: بونيسار وبلونديل/مجموعة القانون المدني، دالوز 1973، تراجم كلمة "بطلان" بند 28، وبلا نيول وريبير واسمان، ج 6، المرجع السابق، بنسند 296.

المادية الناجمة عن تنفيذ التصرف الباطل، لأن المقرر في هذا الصدد "أنه لا يجوز لأحد أن يقتض لنفسه" (1).

وإذا كان من شأن اتفاق الطرفين أن يجعل التصرف الباطل يفقد آثاره فإن اللجوء إلى القضاء يبقى ضروريا في الكثير من الحالات حتى مع توافق اتفاق الطرفين، وذلك كما هو الأمر بالنسبة إلى التصرفات التي تتطلب تدخل السلطات العامة كالزواج الباطل، إذ يستلزم الأمر اللجوء إلى القضاء لتقرير هذا البطلان، شأنه في ذلك شأن كسـل التصرفات المتعلقة بحالة الشخص (2).

المبحث الثاني

تقرير البطلان بحكم قضائي

وإذا كان يجوز للأفراد تقرير البطلان بالاتفاق فإنه لا ماضٍ من اللجوء إلى القضاء في غالبية الحالات لتقرير هذا البطلان أو النطق به. ويحسن بنا أن نشير إلى أن اعتماد المشرع الفرنسي لما يسمى "بالبطلان بقوة القانون" " NULLITES DE DROIT " في المادتين : 504 و 1117 مدني فرنسي قد يوحي بأنه لا حاجة لرفع دعوى هذا النوع من البطلان، وقد كان هذا الرأي معتمدا في القانون الفرنسي القديم الذي كان يفرق بين البطلان القانوني (NULLITES LEGALES) وبين البطلان القضائي (NULLITES JUDICIAIRES) فالأول كان ينتج أثره بقوة القانون بينما الثاني كان يتطلب رفع دعوى قضائية بشأنه (3).

غير أن هذا الرأي لم يمد له وجود في الوقت الحاضر حتى في ظل النظام القانوني الفرنسي لأننا حاليا نجد أنفسنا أمام وضعين فقط، فأما أن يتم تقرير البطلان باتفاق طرفي التصرف أي أن تقريره لا يودي إلى حدوث أي نزاع بين طرفيه، وحينئذ لا نكون

(1) بونيسار وبلونديل / المرجع السابق، بند 33، وجابو / الرسالة، ص 418، وما بعدها، وبلانيول وريبير / اسمان / ج 6، المرجع السابق، بند 297.

(2) كوتيرييه / مجموعة التوثيق الخاصة بالقانون الفرنسي، يراجع باب المفقود، والالتزامات، 1977، الجزء رقم 122 و 124، بند 23، وجابو / الرسالة، المرجع السابق، ص 488.

COUTURIER (J.P) ; v° NOTARIAL REPERTOIRE DE DROIT FRANCAIS, contrats et obligations, 1977, Fascicule 122-124, N. 23; JAPIOT, thèse précitée, P.488.

(3) بلا نيول وريبير / اسمان / ج 6، المرجع السابق، بند 282 .

في حاجة الى رفع دعوى قضائية بصدده . واما أن يحدث نزاع بين طرفي التصرف الباطل ، وفي هذه الحالة تبدو الحاجة ملحة الى اللجوء الى القضاء للفصل في كسل نزاع قد يشار بصدده هذا التصرف الباطل ، تطبيقا للمبدأ المستقر عليه من أنه " لا يجوز لأي شخص أن يحقق العدالة لنفسه " .

وتطبيقا لهذا التصور الحديث ، فإن ما كان يطلق عليه " البطلان بقوة القانون " في ظل القانون الفرنسي القديم أصبح يصرف الى الحالات التي يكون القاضي فيها ملزما بالحكم بالبطلان دون أن يتمتع بأية سلطة تقديرية ، أي أن تدخله ^{يقصر} على وضع حد لحالة مادية أنشأها التصرف الباطل ، فيكون دوره مجرد تقرير للبطلان وليس انشائه . على أنه اذا كان اللجوء الى القضاء هو السالب لتقرير البطلان أو لا نشأه ، فإن لنا أن نتساءل عن طبيعة دعوى البطلان هل هي ضرورة أو مفيدة فقط ؟

الواقع ، أن دعوى البطلان قد تكون ضرورة ، وقد تكون مفيدة فقط ، فتنكسور ضرورة حينما يحتاج الأمر الى ازالة الآثار التي تترتب على تنفيذ تصرف باطل أو قابل للإبطال ، لأن الرجوع في هذه الآثار وتقرير زوالها بأثر جمعي يستلزم حكما قضائيا يقرر هذا الزوال ، وكمثال لضرورة رفع دعوى البطلان نشير الى تلك الحالة التي يكون فيها تقدير القاضي هو وحده المرجع في تقرير البطلان ، وذلك في حالة ما اذا كان المحل مخالفا للنظام العام ، فلا كالتعامل في تركة انسان مازال على قيد الحياة فإنه باطل ولو كان برضاه حسب أحكام القانون المدني الجواتري (المادة 292² مدني) ، فهذه القاعدة القانونية قاعدة متعلقة بالنظام العام ، والتحاييل عليها يفضي بالضرورة الى بطلان التعامل الذي أجرت تحايلا على القانون ، ولذا فتحرير التعامل في التركة المستقلة أمر مرتبط بفكرة النظام العام ارتباطا لا يقبل التجزئة ، فإذا باع الوارث كل ما سوف يرثه فإن هذا البيع يقع باطلا لأن محله تركة مستقلة ، والتعامل فيها باطل لمخالفته للنظام العام . (2)

و اذا كان البطلان في هذه الصورة جزاء حتميا فإن الذي يتولى تقريره هو القضاء ، ولذا فإن ضرورة رفع دعوى البطلان تصبح أمرا لا مناص منه .

(1) فلور وأوبير / القانون المدني ، الجزء الأول ، المرجع السابق ، بند 319 وما بعده .

(2) الدكتور سليمان مرقس / عقد البيع ، المرجع السابق ، بند 75 ، ص 150 .

ومن بين حالات البطلان التي يتمين أن يتدخل فيها القضاء أيضا عدم مشروعية السبب فقد رأينا أنه يشترط لصحة التصرف أن يكون سببه مشروعاً ، أي لا يتناقض مع النظام العام أو الآداب⁽¹⁾ فإذا كان غير مشروع فإن التصرف يصبح باطلاً بطلاناً مطلقاً ، ومن ذلك ما يقرره الفقه من أنه " إذا كان الباعث على التبرع هو استهزاء العلاقة غير الشريفة بين الخليل و خليلته كان المقد بطلاً⁽²⁾ ولكن رغم بطلان العقد فإن الأمر يبقى متروكاً لتقدير القاضي ، ولذا يجب على صاحب الشأن أن يرفع دعوى لتقرير البطلان .

وخلاصة ما تقدم ، هي أن رفع دعوى البطلان أمام القضاء مسألة ضرورية إذا كان الحكم بالبطلان مسألة تقديرية للقاضي ، ومع ذلك فإن الحكم لا يكون منشأ للبطلان وإنما يكون كاشفاً له⁽³⁾

على أن دعوى البطلان قد تكون مفيدة فقط إذا تباد الحاجة إلى رفعها حتى لو لم يتم تنفيذ التصرف تنفيذاً مادياً ، وتكون الدعوى المرفوعة بصدده مقبولة إذا أثبت رافعها أن له مصلحة في ذلك سواء كانت تلك المصلحة مادية أو معنوية . ومن قبيل ذلك الدعوى التي يرفعها أحد أطراف التصرف الباطل حتى لو لم يتم تنفيذه ، وذلك إما لرفع دعوى تنفيذه عنده من الطرف الآخر ، أو مثل الدعوى التي يرفعها الزوج يطلب فيها الحكم ببطلان الزواج حتى لا يكون بإمكان الزوجة رفع دعوى نفقة ضده مستقبلاً⁽⁴⁾ أو الدعوى التي يرفعها شخص موصى له يطلب فيها الحكم ببطلان الشرط الوارد في الوصية والقاضي مثلاً بعدم زواجه ، أو زواجه من امرأة تدين بغير دينه أو من غير جنسيته على الرغم من أنه حتى تاريخ رفع دعواه لم يتمرض له أحد في الانتفاع بالشيء الموصى له به⁽⁵⁾

وإذا كان هذا هو حكم البطلان المطلق ، فالجاء إلى القضاء يمتهر أمراً ضرورياً في حالة ما إذا كان التصرف شوباً يعيب البطلان النسبي ، إذ أن التصرف القابل للابطال - كما هو مقرر - تصرف قائم ومنتج لآثاره إلى أن يقضي ببطلانه .

(1) يراجع ما سبق ص 210 من هذه الرسالة .

(2) الدكتور أنور سلطان / المرجع السابق ، بند 210 ، ص 254 .

(3) الدكتور محمود جمال الدين زكي / المرجع السابق ، بند 131 ، ص 252 .

(4) موريل / المنظور الأول للأجراءات المدنية ، ط 2 ، سنة 1949 ، بند 43 (3) .

MOREL ; traité élémentaire de procédure civile, Tome 2, 1949.

و جابيو / الرسالة ، المرجع السابق ، ص 430 وما بعدها ، ص 445 وما بعدها .

وبلا نيول وريبير و اسمان / ج 6 ، المرجع السابق ، بند 297 .

(5) محكمة استئناف باريس 1862/04/1 ، منشور بد الورى لسنة 1862 ، ج 2 ، ص 77 ، ومحكمة السين المدنية في 1947/01/22 ، منشور بد الورى 1947 ، ص 126 ،

بالمجلة الفصلية للقانون المدني لسنة 1947 ، ص 217 مع ملاحظات الأستاذ فيزيور Vizior

الفصل الثاني

تحديد طبيعة الحكم بالبطلان وبينان من يتسكك به

نتناول في هذا الفصل التقسيم الأساسي لبيان الأحكام الكاشفة والمنشئة وطبيعة الأحكام الصادرة بالبطلان في بحث أول، ثم نتولى تحديد الأشخاص الذين يحق لهم التسكك بالبطلان في بحث ثان .

المبحث الأول

الأحكام المنشئة والكاشفة وتحديد طبيعتها

(1) التقسيم الأساسي للأحكام :

المقرر في هذا الاطار أن الأحكام قد تكون منشئة للحق وقد تكون كاشفة له فقط، فالأولى تنشئ وضعاً قانونياً جديداً أي أنها تصيف الى وضع قانوني قائم شيئاً جديداً يغير من طبيعته، في حين أن الثانية تقف عند حد تقرير وضع قانوني قائم (1).

وتترتب على التفرقة بين الأحكام المنشئة والأحكام الكاشفة نتيجة ذات أهمية بالغة، ذلك أنه إذا كانت الأحكام المنشئة لا ترتب آثارها إلا بالنسبة الى المستقبل، فإن الأحكام الكاشفة نظراً لوقوفها عند تقرير وضع قانوني سابق، تنتج آثارها من تاريخ نشأة الوضع القانوني السابق، أي أن لها أثراً رجعياً .

(2) تحديد طبيعة الأحكام الصادرة بالبطلان :

وعلى هدى التحديد السابق للأحكام في كونها منشئة أو كاشفة، نتساءل الآن عن طبيعة الأحكام الصادرة بالبطلان، هل تتمتع أحكاماً منشئة، أو أحكاماً كاشفة فقط؟ الواقع أن الاجابة على هذا التساؤل ليست بالأمر السهل، لذلك فإننا نحاول وضع معيار يمثل في بيان مدى وجود سلطة تقديرية للقاضي في الحكم بالبطلان من عدمها حتى نقرر هل الحكم منشئ للبطلان أو مقرر له فقط؟

(1) راجع في هذا الموضوع خاصة مقال الأستاذ ليون مازو تحت عنوان "التفرقة بين أحكام الكاشفة والأحكام المنشئة للحق" منشور بالمجلة الفصلية للقانون المدني لعام 1929، ص 17 وما بعدها . ويبحث الأستاذ بيير رينو المقدم للمؤتمر الرابع للأكاديمية الدولية للقانون المقارن تحت عنوان "التفرقة بين الأحكام الكاشفة والأحكام المنشئة" طبعة باريس سنة 1954 .

٤) متى يكون الحكم الصادر بالبطلان منشئاً؟

يمكن القول بأن الحكم الصادر بالبطلان يكون منشئاً حينما يصطي المشرع للقاضي سلطة تقديرية في الحكم بالبطلان أو باستمهاده على الرغم من توافر علة أو سبب البطلان، أي أن الحكم بالبطلان لا يكون ملزماً للقاضي، فإذا ما حكم القاضي بالبطلان فإن حكمه هو الذي يصبح مصدر هذا البطلان، وتطبيقاً لذلك ففي إطار الاستفلال نجد المشرع قد نص بمقتضى المادة 90 مدني على أن الطرف المستغل (بفتح الثين) إذا طلب انقاص التزاماته فلا يجوز للقاضي أن يقضي بالبطلان. نعم، إذا تقدم هذا الطرف بطلب البطلان فإن للقاضي أن يمدل عن طلبه ليقضي بانقاص التزاماته فقط وذلك لأن جزاء البطلان أشد قسوة من طلب الانقاص ولا يجوز للقاضي أن يقضي بأكثر مما طلب الخصم⁽¹⁾. على أنه إذا حكم القاضي بالبطلان، فمن الواضح أن هذا الحكم يكون منشئاً للبطلان وليس مقررراً له فقط، لأنه بحكمه ينشئ وضعاً جديداً.

ب) متى يكون الحكم الصادر بالبطلان مقررراً؟

يكون الحكم الصادر بالبطلان مقررراً إذا كان القانون هو الذي يحدد للقاضي الحالات التي يحكم فيها بالبطلان، أي أن المشرع يحدد حالات البطلان، فإذا ما عرضت حالة من هذه الحالات على القاضي وتأكد من توافر سببها فإنه - حينئذ - لا يتمتع بأية سلطة تقديرية، أي أنه يكون ملزماً بالحكم بالبطلان.

وبما أن سبب البطلان المحدد قانوناً يكون متوافراً في التصرف قبل عرضه على القاضي فإن دور القاضي يصبح في هذه الحالة دور المقرر للبطلان وليس المنشئ له. ومن قبيل ذلك ما نص عليه المشرع في المادة 93 من القانون المدني من أنه "إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته كان المقد باطلاً بطلاناً مطلقاً"، واذن، فإذا اتبعت للقاضي أن محل الالتزام مستحيل استحالة مطلقة، فإنه يكون ملزماً بالحكم بالبطلان دون أن تكون له أية سلطة تقديرية في استمهاده، ولذلك فإن حكمه يكون مقررراً للبطلان، لأن سبب البطلان (التمثل في استحالة المحل) كان قائماً قبل عرض النزاع عليه، كما أن القاضي حينما يحكم بالبطلان إنما يستجيب لأمر صادر إليه من المشرع.

وبما أن الحكم الذي يصدر بالبطلان يكون مقررراً فقط فإنه يكون له أثر رجعي أي ينصرف حتى إلى الآثار التي رتبها التصرف منذ انشائه لأن المقرر أن التصرف الباطل عدم، والمدم لا يمكن أن يترتب عليه أي أثر.

(1) الدكتور السنهوري/ الوسيط، ج 1، المرجع السابق، بند 211، ص 406، الهامش.

على أن الأثر الرجعي للبطلان في هذه الصورة لا يجب أن يفهم بأنه أثر مطلق
إذ المقرر أن البطلان لا ينتج آثاره إلا فيما بين أطراف التصرف فقط ولا يمس الحقوق
التي يكون الغير قد اكتسبها من أحد الطرفين⁽¹⁾

المبحث الثاني

الأشخاص الذين يحق لهم التمسك بالبطلان

إذا كان تبيان مدى ضرورة رفع دعوى قضائية من عدمه ليس مرتبطاً بطبيعة البطلان
من حيث كونه مطلقاً أو نسبياً ، فإن تحديد الأشخاص الذين يسمح لهم برفع دعوى
البطلان أمر مرتبط بطبيعة البطلان ، وذلك نظراً لاختلاف أسباب كل من نوعي البطلان
و المصلحة المراد حمايتها في كل من هذين النوعين .

أولاً : تحديد الأشخاص الذين يحق لهم التمسك بالبطلان المطلق :

في تحديد الأشخاص الذين يحق لهم التمسك بالبطلان نستعرض رأي الفقه ثم
موقف المشرع الجزائري .

١- رأي الفقه : لقد رأينا أن البطلان المطلق هو وصف يلحق التصرف ويعتبر جزءاً
مدنياً يقرره المشرع حينما يخالف في التصرف أحد أركانه الأساسية ، أو إذا كان فقريره
يستهدف حماية بعض المبادئ الاجتماعية الأساسية التي تعتبر من النظام العام كما
في حالتنا بطلان التصرف لعدم مشروعية المحل أو عدم مشروعية السبب ، وبذلك فإن
تحديد الأشخاص الذين يحق لهم التمسك بالبطلان يتحدد على ضوء المحكمة التي
تستوجب البطلان :

١- فإذا كان الأمر يستهدف حماية النظام العام فإن البطلان يكون مطلقاً وتدخل
ضمنه حالات البطلان المقررة لعدم مشروعية المحل أو عدم مشروعية السبب إذا كانا
مخالفين لنص تشريعي أو لو كونهما يمسان قواعد النظام العام .

على أنه ما تجدر ملاحظته في هذا الصدد أن القضاء الفرنسي يرى أن مخالفة
قواعد النظام العام لا تؤدي كلها إلى البطلان المطلق ، فمثلاً في إطار النظام العام
الاقتصادي المتعلق بحماية الأشخاص كالعامل والمستأجر ، فإن القضاء الفرنسي يخضع

(1) يراجع ما سبق ص 376 من هذه الرسالة .

المقود الذي تهرم مخالفة لهذا النوع من النظام العام الاقتصادي للبطلان النسبي مسع أنه من المفروض أن تخضع للبطلان المطلق، أما إذا جاء الاتفاق مخالفا للنظام العام الاقتصادي الذي يستهدف حماية الاقتصاد الوطني بكامله كتحديد السعرة فسان مثل هذه المخالفة للنظام العام الاقتصادي تؤدى الى البطلان المطلق⁽¹⁾

ونظرا لتعلق هذا البطلان بالنظام العام فان المقرر - في نظر هذا الفريق من الفقه - أن كل شخص ذى مصلحة من حقه رفع دعوى البطلان، يستوى في ذلك أن يكون هذا الشخص طرفا في التصرف أو أجنبيا عنه، وأن كان الأمر من الناحية المصلحة يتحدد بأطراف التصرف لأنه نادرا ما يهتم الغير بطلب بطلان تصرف ما، وخاصة حينما يكون التصرف ماليا، إذ يصعب عليه أن يثبت أن له مصلحة في ذلك .

ومن المقرر في هذا الصدد أن كلا من النيابة العامة والقضاء يثبت له الحق في إثارة هذا البطلان متى كان النزاع قائما بين الخواص أمام العدالة .

(2) أما إذا كان البطلان راجعا الى تخلف ركن أساسي في التصرف الثنائي فهو كعدم الرضا كلیة، أو تخلف المحل دون أن ينطوى على مخالفة النظام العام فبطلان البطلان وان كان يعتبر مطلقا أيضا، ويمكن أن يثيره كل ذى مصلحة، فانه - نظرا لعدم تعلق هذا البطلان بالمصلحة الاجتماعية - لا يمكن للنيابة العامة ولا للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه⁽²⁾ .

وقد قرر بعض الفقه تطبيق هذه الأحكام أيضا على ما أسماه بالبطلان المقرر كجزاء على خرق القواعد المتعلقة بحماية "المصلحة الخاصة الجماعية" أى تلك القواعد المقررة لحماية كل الأشخاص ولكن دون أن تتضمن ماسا بالمصلحة العامة، وممن قبيل ذلك غالبية القواعد المتعلقة بالشكل التي تستهدف حماية أطراف التصرف والغير كالقواعد الشكلية المتعلقة بإنشاء الرهن، وعقد الزواج، فبالرغم من أن كل من يعنيه الأمر يمكنه أن يرفع دعوى بطلان هذه التصرفات فان هذا الحق لا يتقرر

(1) ج . ريبير/النظام الاقتصادي وحرية التعاقد، بند 8، مجموعة الدراسات المقدمة للفقيه جيني GENY، هـ 2، صص 347-353، هـ ج فرجات/النظام العام الاقتصادي، رسالة من ديجون عام 1961، هـ ف. مالوري/المقود المخالفة للنظام العام، رسالة من باريس 1951، G. RIPERT, 1'ordre économique et la liberté contractuelle, N. 8; Etudes GENY, tome 2, PP. 341-353; G. FARJAT, 1'ordre public économique, thèse Dijon, 1961; Ph. MALAURIE, les contrats contraires à 1'ordre public, thèse, Paris 1951.

(2) جابيو/الرسالة، ص 602 وما بعدها .

للنيابة العامة، كما أنه لا يمكن للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه⁽¹⁾.

غير أن هذا الرأي لا يتماشى مع ما قرره القضاء الفرنسي من أن تخلف عنصر الشكل يعتبر سببا للبطلان النسبي فقط، ومع ما اعتمدته المشرع الفرنسي أيضا من أن تخلف الشكل يعتبر في حالة ما إذا قصد به حماية أحد أطراف التصرف خاضعا للبطلان النسبي، لأن الأمر في نظره لا يعد وأن يتعلق في هذه الحالة بحماية أحد أطراف التصرف فقط⁽²⁾.

(3) وأما الحالة الثالثة التي تدخل ضمن حالات البطلان المطلق فتشمل الحالة التي أطلق عليها الفقيه جابيو "بالبطلان المطلق ذي الطبيعة الجزائية"⁽³⁾ وفاداه أنه يحق لكل ذي مصلحة التمسك بالبطلان ماعدا الشخص الذي قرر البطلان في مواجهته، ومثلها التصرفات التي يجربها المحجور عليه، فإن كل ذي مصلحة في هذا التصرف له الحق في الطعن ببطلانه خاصة الطرف المتعاقد معه ماعدا المحجور عليه الذي يمنع من الطعن فيه بالبطلان⁽⁴⁾.

على أن هذا الرأي الذي قال به جابيو لم يلق تأييد كل الفقه، إذ يرى البعض منه أن هذا الحق أي التمسك ببطلان التصرفات يمطي أيضا للمحجور عليه، اللهم إلا إذا كان المتعاقد معه حسن النية فيمنع المحجور عليه حينئذ - من القيام بذلك⁽⁵⁾.

ب) موقف المشرع الجزائري من هذا التقسيم:

على أن هذا التقسيم الذي قال به الفقه الفرنسي لم يلق تأييدا من طرف المشرع الجزائري الذي سوى بين حالات البطلان المطلق جميعها بما في ذلك البطلان المقرر لتخلف عنصر الشكل في عقود بيع العقار المبرمة بعد 71/01/01⁽⁶⁾ فقرر حكما عاما

(1) بونسار وبلونديل / البحث السابق تحت كلمة "بطلان"، بند 70.

(2) يراجع قانون 29 جوان 1935 (المادة 9) والمنشور بد الوز الدوري لسنة 1935، ج 1، ص 313 مع تعليق ترايسبوت TRESBOT بشأن عقود بيع المحلات التجارية.

(3) جابيو / الرسالة، ص 619.

(4) جابيو / الرسالة، ص 621.

(5) بلانيول وريبير واسمان / ج 6، المرجع السابق، بند 289.

(6) يراجع ما سبق ص 22 من هذه الرسالة.

بمقتضى المادة 102 مدني إذ نمره على أنه "إذا كان المقعد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها"، مما يفيد أن التمسك بالبطلان المطلق جائز لكل ذي مصلحة. وفي هذا الصدد، يحسن بنا أن نشير تساؤلا متعلقا بتحديد المراد بـ"ذو مصلحة"؟

إن عبارة "ذو مصلحة" عبارة مرنة، لذلك حاول الفقهاء تحديد مفهومها. فلقد عرف الدكتور جمال الدين زكي ذاك المصلحة بأنه "كل صاحب حق توتر فيه صحة المقعد أو بطلانه"⁽¹⁾، واذن، فليس لشخص له علاقة سيئة مع جاره أن يرفع دعوى ضده يطلب فيها بطلان سند ملكيته بقصد التخلص منه، كما أنه ليس لندرج أن يطلب ببطلان شركة تنافسه ليتخلص منها⁽²⁾ لأن كلا منهما ليس صاحب حق في رفع هذه الدعوى، وإن كان من المؤكد أنهما سيحققان فائدة من البطلان.

وقد عرف الدكتور أنور سلطان "المصلحة" من خلال تعريفه لدى المصلحة بقوله: إنها "حق يوتر فيه اتخاذ المقعد الباطل مظهر المقعد الصحيح"⁽³⁾، وأعطى أمثلة بالدائن، وبالخلف العام، ثم بالخلف الخاص⁽⁴⁾.

فبالنسبة إلى الدائن، فإن من مصلحته أن يتمسك ببطلان تصرف صادر من مديته للغير إذا ترتب عليه اعسار مدينه أو زيادة اعساره، لأن ذلك من شأنه أن ينقص مسن الجانب الإيجابي من ذمته المالية.

وبالنسبة إلى الخلف العام، فمثاله الوارث، إذ من مصلحته أن يتمسك ببطلان التصرفات الباطلة التي قد يجريها مورثه سواء أكانت ثنائية كبيع باطل، أو أحادية كوصية كوسية لو ارث لم يجزها الورثة حتى يتمكن من إعادة المين موضوع التصرف إلى تركته مورثه فتوتر ول إليه.

وبالنسبة إلى الخلف الخاص، فمثاله المشتري لمشيء من بائع له كان قد سبق لهذا الأخير أن تصرف فيه لشخص آخر قبله بحقه باطل، فإن من حق المشتري الثاني أن يتمسك ببطلان التصرف السابق حتى تخلص له المين بمقتضى التصرف اللاحق⁽⁵⁾.

(1) و (2) الدكتور جمال الدين زكي / المرجع السابق، بند 131، ص 258-259. ومارني ورينو / المرجع السابق، بند 198، ص 182، ومازوا / المرجع السابق، بند 308، ص 256.

(3) و (4) الدكتور أنور سلطان / المرجع السابق، بند 222، ص 266-267.

(5) الدكتور أنور سلطان / المرجع السابق، بند 222، ص 266-267.

هذا ، و الجدير بالملاحظة ، أن حق التمسك بالبطلان لا يتوقف عند أطراف التصرف ، بل قد يتسع ليشمل النيابة العامة ، والقاضي الذي يحق له الحكم ببطلان التصرف من تلقا نفسه .

ثانيا : تحديد الأشخاص الذين يحق لهم التمسك بالبطلان النسبي :

انطلاقا من فكرة مواءمة أن البطلان النسبي مقرر لحماية أحد أطراف التصرف ، فإن المقرر - في هذا الصدد - أن هذا البطلان لا يمكن أن يثار إلا ممن قررت الحماية لمصلحته ، أي أن التمسك ببطلان التصرف المهرم وتجريده من آثاره القانونية لا يمكن أن يتم إلا من طرف الشخص الذي قصد المشرع حمايته ، فله أن يطالب بإبطال التصرف ، كما أن له أن يقرر البقاء عليه ، وهو ما اعتمدته المشرع الجزائري بصدد العقود في المادة 99 مدني التي نصت على أنه "إذا جمل القانون لأحد المتعاقدين حقا فسي إبطال العقد ، فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق" ، وهو حكم يمكن تعميمه على كسل التصرفات .

هذا ، ومن الناحية العملية فإن حق الإبطال يقتصر على أحد طرفي التصرف الذي أراد المشرع حماية مصلحته المالية دون الطرف الآخر الذي لا يتمتع بهذا الحق .

على أن هذا الحق قد يقتصر على شخص واحد ، وقد يشمل أكثر من شخص ، وهو ذلك أن يبيع عدة مالكي عقارا مملوكا لهم على الشيوع ، فإذا ما لحق هذا البيع غش في الحدود القانونية المقررة ، جاز لكل منهم المطالبة بإبطال البيع ، وإن كانت محكمة النقض الفرنسية قد حاولت التضييق من أعمال هذا المحل إذ قررت في هذا الصدد أنه إذا تنازل أحد البائعين عن طلب الغبن فإن هذا التنازل من أحدهم يكفي وحده لايقاف دعاوى المالك البائعين الآخرين⁽¹⁾ ، وقد تحدث حالات يكون فيها التصرف الواحد قابلا للطعن فيه بعدم الصحة من طرفي التصرف ، معاً كما إذا وجد سببان للطعن فيه ، كل منهما مستقل عن الآخر ، وذلك كما لو أسس أحد الطرفين دعوى الإبطال على نقص الأهلية بينما بناها الآخر على أساس التدليس .

والى جانب طرف التصرف الذي ابتغى المشرع حمايته ، فإنه بإمكان أشخاص آخرين رفع دعوى البطلان النسبي ، وهم : الممثل القانوني للمحني بالأمر ، والخلف المأم

(1) نقض فرنسي 1951/02/20 منشور بمسيرة لعام 1952 هـ 1 ، وكارونيين / ملاحظات نقدية ، منشورة بالمجلة الفصلية للقانون المدني لسنة 1952 ، ص ص 237-238 .

كالوارث والموصي له بحق شائع في التركة، والدائنون الذين يحق لهم رفع دعوى
الابطال باستخدام الدعوى غير المباشرة *action oblique* المنصوص عليها في
المادة 189 مدني .

وتشارفي هذا الصدد مسألة هامة هي معرفة ما اذا كان لأحد المدينين المتضامنين
الحق في التمسك بالابطال المقرر لأحدهم من عدمه؟ فبعد استنطاق المراجع، أدركنا
أن الفقه اختلف في الجواب على ذلك. فبينما يقرر فريق منه أنه "لما كانت هناك نيابة
تبادلية بين المدينين المتضامنين فيما ينقسمهم، فإن لكل منهم أن يتمسك بالبطالان (يقصد
الابطال) المقرر لأحدهم" (1)، يذهب فريق آخر منه إلى أن أسباب البطالان المتعلقة
بأحد المدينين كالغلط أو الاكراه هي أسباب شخصية لا يجوز للمدين المتضامن الآخر
التمسك بها لطلب ابطال العقد (2).

ونحن نرى أن الرأي الثاني هو الصواب لأن الغلط أو التدليس أو الاكراه، أو
الاستغلال أو نقص الأهلية عيوب شخصية يجب أن يقتصر طلب الابطال على أطرافها
على المدينين بالذات قائم بسبب البطالان في جانبه، ولا يمكن أن ينصرف إلى بقية المدينين
المتضامنين معه، وأن هذا الرأي - في نظرنا - هو الذي يتماشى مع نص المادة 223/2²
مدني جزائري التي ورد بها "ولا يجوز للمدين (يقصد المتضامن) إذا طالبه أحدهم
الدائنين بالوفاء أن يمارض بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين، ولكن يجوز
له أن يمارض بأوجه الدفع الخاصة به وبالتي يشترك فيها جميع المدينين".

وإذاً، فإن المطالبة بإبطال العقد الذي نشأ عنه الدين محل التضامن إذا كان
سبب الابطال يشترك فيه جميع المدينين، ويفيدهم جميعاً، فإن لكل منهم أن يطالب به
لأن المدينين المتضامنين ينوب بعضهم عن بعض فيما ينقسمهم لا فيما يضرهم .

وبما أن الابطال حتى مقرر للشخص الذي أراد المشرع حمايته فإن المستند بهذا الصدد
أنه لا يمكن للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه إذا لم يتمسك به أمامه صاحب المصلحة في الحكم
به . ومثل هذا الصدد يمكن اعتماده بمفهوم المخالفة للمادة 102/1¹ مدني التي قصرت حق
القضاء في الحكم بالبطالان من تلقاء نفسه متى تعلق الأمر بمقد باطل بطلانا مطلقاً .

(1) الدكتور المنهري/ الوسيط، ج 3، المرجع السابق، بند 195، ص 328، والدكتور
فتحي والي/ نظرية البطالان في قانون المرافعات طبع الاسكندرية 1960، بند 271، ص
502 .

(2) الدكتور صبحي المحمصاني/ محاضرات في القانون المدني اللبناني، الأوصاف المعدلة
لأثار الالتزام، مطبوعات جامعة الدول العربية، 1958، ص 40 - 41 .

الباب الرابع

الحيلولة دون تطبيق قواعد البطلان

أورد المشرع الجزائي على غرار الكثير من المشرعين العرب و الغربيين حالات يمكن فيها رفع البطلان ، وهي حالات تتحدد بالاجازة ، وبتمحيص التصرف المشوب بالبطلان ، وبالتقدم ، ونعقد لكل منها فصلا مستقلا .

الفصل الأول

الاجازة

لتحليل أحكام الاجازة باعتبارها احدى الحالات التي تحول دون أعمال قواعد البطلان ، فاننا نتعرض لها في مباحث ثلاث ، نتناول في اولها الاجازة في القانون الوضعي ، ونخصص ثانيا لبيان أحكام الاجازة في الفقه الاسلامي ، ونمقد مبحثا ثالثا للمقارنة بين أحكامها في كل من القانون الوضعي و الفقه الاسلامي .

المبحث الأول

الاجازة في فقه القانون الوضعي

نعالج أحكام الاجازة في اطار فقه القانون الوضعي في ثلاثة مطالب تتناول في مطلب أول تعريف الاجازة وبيان شروطها ، ونخصص مطلبنا ثانيا لتحديد طبيمة الاجازة وتمييزها عن بعض الأنظمة القانونية الأخرى ، ونمقد مطلبنا ثالثا لتحديد نطاقها والآثار التي تترتب على قيامها .

المطلب الأول

تعريف الاجازة وبيان شروطها

الفروع الأول

تعريف الاجازة

لقد حظيت الاجازة باهتمام الفقهاء فأوجدوا لها عدة تعريفات ونكتفي في هذه الدراسة بالاعتصار على بعضها ، ان من الميسر تمديد جميعها ، وتسيلا للأمر

نتناولها في إطار الفقه المصري، ثم في الفقه الغربي :

فـ في إطار الفقه المصري ، نجد الدكتور السنيهوري عرّفها بـ "اجازة العقد بقوله "الاجازة عمل قانوني صادر من جانب واحد هو المجيز، ولها أثر رجعي يستند إلى وقت نشوء العقد المجاز" (1) . كما تعرض الدكتور سليمان مرقس لتعريفها فأوضح أنها "اتجاه ارادة العاقد الذي تقررت لمصلحته قابلية العقد للإبطال نحو النزول عن الحق في ابطال العقد ، ويترتب عليها زوال هذا الحق وصيرورة هذا العقد غير قابل للإبطال" وأضاف قائلاً : "ان الاجازة هي عمل قانوني صادر من جانب واحد ، أي أنه يتم بإرادة منفردة" (2) .

ومن خلال هذين التعريفين ، يتضح أن الاجازة عمل قانوني منفرد يصدر من خوله المشرع هذا الحق ، وعلى هذا النهج درج الكثير من الفقهاء العرب الذين تمسكوا بتحديد ماهية الاجازة .

ولورجمننا إلى التعريفات التي أوردها الفقهاء الغربيون ، فإننا نلاحظ أنها لا تخرج عن المعنى الذي قال به الفقهاء العرب ، ومن قبيل ذلك ما يقرره الفقيه لوران (LAURENT) من أن " اجازة الالتزام هي التنازل عن حق طلب الإبطال بسبب الميب الذي شاب الالتزام . واذن ، فإن جوهر الاجازة يكمن في التنازل عن الحق في طلب الإبطال" (3) .

وعرّفها الأستاذان :مارتي ورينوبانها "تصرف قانوني ، قد يكون انفرادياً بمقتضا ، يتولى شخص ازالة الميب الذي كان يشوب العقد ، ويتنازل عن طلب ابطاله" (4) . ويقرر الأستاذان :فلورو وأوبر أن "الاجازة هي تصرف بمقتضاه يتنازل شخص عن حقه

(1) الدكتور السنيهوري / الوسيط ، ج 1 ، المرجع السابق ، بند 316 ، ص 565 .

(2) الدكتور سليمان مرقس / شرح القانون المدني ، ج 2 ، في الالتزامات ، القاهرة 1964 ، بند 226 ، ص 204 .

(3) نص التعريف الذي أورده الفقيه لوران : " Confirmer une obligation, c'est renoncer au droit que l'on a de demander la nullité en raison du vice dont elle est atteinte. Ce qui fait l'essence de la confirmation, c'est donc la renonciation au droit d'agir en nullité." (LAURENT, principes de droit civil français, 3^e édition, tome XVIII, N. 559)

يراجع لوران / القانون المدني الفرنسي ، الطبعة الثالثة ، ج 18 ، بند 559 .

(4) " La confirmation est un acte juridique, qui peut être unilatéral, par lequel une personne fait disparaître le vice qui altérerait un contrat et renonce à en demander l'annulation."

يراجع :مارتي ورينو / القانون المدني ، ج 2 ، المجلد 1 ، الالتزامات ، بند 201 ، ص 184 .

في التمسك بالبطلان، فهي اذن تصرف انفرادي، يصدر بإرادة المجيز وحده. (1)

وهكذا نخلص من دراستنا لتعريف الاجازة لدى الباحثين في الفقه الفرنسي أن
الاجازة تصرف انفرادي (2) يصدر عن خوله المشرع حق التمسك بالبطلان، بمقتضاه
ينازل عن هذا الحق، وهي في ذلك تماشي مع ما هو مقرر لدى الفقهاء العرب، ولذلك
لا غرابة أن نجد الفقيه كوتيه (COUTIER) يقرر في دراسته "أن الاجازة هي من
الأمور النادرة التي حدث بشأنها اتفاق بين الفقهاء التقليديين والمحدثين". (3)

وإذا كانت الاجازة قد حظيت باهتمام الفقهاء من حيث تحديد ماهيتها، فإنها قد
وجدت صداها لدى المشرعين أيضا، وإن كان هو "لا تقتصر على تحديد مجال
تطبيقها، وهو أمر منطقي، لأن التعريف عمل فقهي في أصله، ومن المشرعين الذين
اهتموا بالاجازة المشرع الجزائري الذي أوضح مجال أعمالها في المادة 100 من
القانون المدني، فقد نص على أنه "يزول حق ابطال العقد بالاجازة الصريحة أو الضمنية
... مفيدا بذلك أن الاجازة لا يمكن أن تلحق سوى العقود القابلة للإبطال".

الفصل الثاني

شروط الاجازة

وبعد تحديدنا لماهية الاجازة، فإننا نعرض لبيان شروطها الموضوعية، ثم
نساءل فيما بعد عما إذا كانت الاجازة تستوجب توافر شروط شكلية لترتيب آثارها
القانونية.

(1) نص التعريف الذي أورده الفقهاء: فلور و أوبير في مؤلفهما: الالتزامات، ج 1،

التصرف القانوني، المرجع السابق، بند 339، ص 262 "La confirmation est l'acte par lequel une personne renonce au droit d'invoquer une nullité. Elle constitue donc un acte unilatéral, émanant de la seule volonté du confirmant."

وفي هذا المعنى أيضا كاريو نيه / القانون المدني، الالتزامات، بند 131، ص 95،
وبلانيول وريبير و اسمان / ج 6، المرجع السابق، بند 309، ص 392.

(2) وذلك إذا ما استثنينا تعريف الأستاذين مارتى و رينو اللذين أوردا في معرض
تعريفهما للاجازة "أنها تصرف قد يكون انفراديا" وهي عبارة ليس لها - في نظرنا -
ما يبررها، بل قد تدعو إلى اللبس، ومن الممكن أنهما أرادا بهذا التعبير أن
الاجازة لا تحتاج إلى موافقة الطرف الآخر لانتاج آثارها، ودليل ذلك ما يورد
هذان الفقهاء من "أن إرادة المجيز قد تكون منفردة وليس من الضروري أن تحصل
باتفاق أطراف العقد المشوب بعييب البطلان". مبراجع: مؤلفهما في الالتزامات،
المشار إليه سابقا، بند 202، ص 184.

(3) كوتيه، اجازة التصرفات الباطلة، المرجع السابق، ص 9.

أولاً : الشروط الموضوعية :

الاجازة - كما أوضحنا - تؤدى الى النزول عن الحق في طلب الابطال من الطراف الذى قام سبب الابطال في جانبه ، وذلك فان هذا الطرف وحده هو الذى يبقى بإمكانه اجراء الاجازة أو رفضها ، أى أن الاجازة يجب أن تصدر عن الشخص الذى قرر المشرع حماية مصالحه ، وأن يكون هذا الشخص عالماً بالمعيب الذى شاب ارادته ، مدركاً أن قيامه باجازة التصرف القائم يعنى نزوله عن حقه في التمسك بطلب الابطال الذى لحق ارادته حين اجراء التصرف .

1) ضرورة صدور الاجازة من الشخص المعيب ارادة :

يتمين أن تصدر الاجازة من الشخص الذى شاب ارادته عيبين من الميوب المحددة قانوناً ، وفي ذلك يقرر الفقيه جوديه " أن تطلب هذا الشرط يمتهر نتيجة حتمية لتعريف الاجازة نفسها ، إذ أنها تنازل عن حق النقد ⁽¹⁾ من طرف من قرر له هذا الحق " . ⁽²⁾ و ترتباً على ذلك إذا باع شخص سيارة مملوكة له تحت تأثير تدليس فانه لن يكون بإمكان ابنه أو والده مثلاً اجازة هذا البيع لأن الاجازة حق شخصي .

2) ادراك المعيب للمعيب الذى شاب ارادته حين ابرام التصرف المعيب :

ومثل هذا الشرط أمر بدیهي إذ لا يمكن أن تصدر الاجازة عن شخص ما ، و تتسج آثارها القانونية الا اذا كان هذا الشخص عالماً بالمعيب الذى شاب ارادته ⁽³⁾ حين اجراء التصرف المجاز ، وقد سبق لمحكمة النقض الفرنسية أن قررت هذا المبدأ منذ زمن بعيد إذ أوردت صراحة أنه " لا يفترض في أى شخص التنازل عن حق مقرر له ، و تطبيقاً لهذا المبدأ المأمم فالتنفيذ الارادى لتصرف ما ليس من شأنه أن يؤدى الى الدفع بمدى سماع دعوى البطلان ضد راقمها الا اذا ثبت أن تنفيذ رافع الدعوى للتصرف المعيب قصد صدر بعد معرفته للمعيب الذى شاب ارادته ^{وان ارادته} قد انصرفت فعلاً الى تغطية هذا المعيب " ⁽⁴⁾ .

(1) يراجع ما سبق بمصد النثریات الحديثة في البطلان وعن تأثر جوديه بأفكار جابيو بمصد البطلان صفحة 103 من هذه الرسالة .

(2) جوديه / النظرية العامة للالتزامات ، ص 172 .

(3) كوتيريه / اجازة التصرفات الباطلة ، المرجع السابق ، بند 24 ، ص 18 .

(4) نقض مدني 1866/04/28 ، دالوز 1866 ، ج 1 ، ص 469 و سيرييه لسنة 1867 ،

ج 1 ، ص 18 ، و يراجع في نفس المعنى نقض مدني 1915/02/10 منشور بدالوز

1919 ، ج 1 ، ص 28 .

هذا ونحن بصدد الإشارة الى موقف محكمة النقض الفرنسية يجدر بنا أن نشير الى أن القضاء الفرنسي قد استقر على أنه اذا كان المييب الذي شاب إرادة أحد أطراف التصرف ظاهراً وقام صاحب الإرادة المميبة بتنفيذ التصرف فإنه يفترض فيه أنه نفذ التصرف عن وعي وادراك بهذا المييب مع العلم بأن الأمر في هذه الحالة يتعلق بافتراض واقعي فقط⁽¹⁾

3) نية الطرف المجيز في التنازل عن التمسك بالسبب الموجب لإبطال التصرف:

تعتبر نية المجيز من أمور الواقع أي أنها متروكة لقضاة الموضوع يتولون اكتشافها عن طريق دراستهم لوقائع الدعوى ، وهم غالباً ما يستخلصونها من تنازل الطرف الممييب الإرادة عن رفع دعوى لتقرير بطلان التصرف الذي أجراه أي أن التنازل عن رفع دعوى البطلان وفق ما يقرر كوتيرييه COUTURIER يعتبر قرينة على إجازة التصرف الممييب على أن الأمر في مثل هذه الحالة يتعلق بقرينة بسيطة هاذ لا يكفي أن يتولى الطرف الممييب الإرادة تنفيذ الالتزامات المترتبة في ذمته لاثول أنه قد أجاز التصرف الممييب بسبل يشترط أن تكون نيته قد اتجهت فعلاً الى إجازة هذا التصرف⁽²⁾

هذا ، والجدير بالملاحظة أنه يتمين أن تستوفي الإجازة شروطاً متعددة حتى تنتج آثارها القانونية ، فباعتبارها تصرفاً قانونياً تتطلب فيمن صدرت منه أن يكون أهلاً للتنازل عن دعوى البطلان المقررة لصالحه ، بالإضافة الى ضرورة وجود نية التنازل عن التمسك بطلب الإبطال حين تمبيره عن الإجازة . فمثلاً لو أبرم شخص عقداً نتيجة إكراه ، فإنا إجازته لا تنتج آثارها الا اذا كان عيب الإكراه قد زال وقت الإجازة لأن بقاء هذا المييب حين الإجازة دليل على أن إرادته لم تكن سليمة حينما أجاز التصرف⁽³⁾

ثانياً : هل هناك شروط شكلية تتطلبها صحة الإجازة ؟

تعتبر الإجازة تصرفاً قانونياً أحادياً ، أي أنها تنتج آثارها بمجرد صدورها من كانت إرادته مميبة دون حاجة الى موافقة الطرف الآخر على صدورها .

والمقرر في هذا الصدد أنه لا يشترط في الإجازة أن تصدر في شكل معين ، فقد تكون صريحة ، كما أنها قد تكون ضمنية ، وفقاً لما تقضي به المادة 100 من القانون المدني اذ

(1) نقض مدني 1922/04/10 منشور في ج.ب. G.P لسنة 1922 ص 17 .

(2) كوتيرييه / رسالته في إجازة التصرفات الباطلة ، المرجع السابق ، بند 28 ص 21 .

(3) مارتى و رينو / القانون المدني ، ج 2 ، المرجع السابق ، بند 202 ص 184 .

وكارونيه / القانون المدني ، ج 4 ، بند 48 ص 154 .

نصت على أنه "يزول حق ابطال المقد بالا جازة الصريحة أو الضمنية".

٢) فأما الاجازة الصريحة فتتحقق حينما يملن الطرف ذو الارادة المعيبة عن نيته فسي اجازة التصرف الذي أجراه صراحة ، وذلك كأن يملم أحد طرفي التصرف أنه حين إبرام عقد البيع كان ضحية غلط في ماهية الشيء المبيع ثم يصح للطرف الآخر المتعاقد معه عن اجازته لمقد البيع المهرم رغم قيام العيب الذي شاب ارادته حين التصرف، فيعتبر هذا العمل منه صورة صريحة للاجازة (١)

غير أن الاعلان أو الكتابة ليسا ضروريين لهذة الاجازة ، بل يكفي أن يقوم الدليل على صدورها من خولهم المشرع هذا الحق على وجه ثابت. (٢)

ب) وأما الاجازة الضمنية ، فتستخلص من قيام من كانت ارادته معيبة بالتنفيذ الكلي أو الجزئي للالتزامات المقررة في ذمته على الرغم من معرفته للعيب الذي شاب ارادته ، إذ أن الهدأ المقرر في هذا الصدد - كما رأينا - هو أن الاجازة لا تفترض ، فمثلا اذا باع شخص مسن تحفته الأثرية بشئ بخس تحت تأثير جامع لزوجته الشابة التي هددته بفساد رتبه ان رفض طلبها ، فعلى الرغم من ادراكه لهذه بين المييين اللذين شابا ارادته وهما : الاستغلال والاكراه الممنوى فإنه يقوم بنقل هذه التحف كلها أو جزء منها اليها .

على أن الاجازة الضمنية لا تنضج فقط بالتنفيذ الجزئي أو الكلي للالتزام بل يمكن استخلاصها من الظروف والملا بسات كأن يقوم الطرف المعيب الارادة بالتصرف في الشيء للغير الذي تلقاه بتصرف معيب ، وهذة حورة ذلك أن يشتري شخص سيارة تحت تأثير تدليس ، وبعد علمه بهذا المعيب يقوم بالتصرف فيها عن طريق بيعها للغير أو هبتها مثلا ، فهذهذا التصرف منه ينهى عن أن نيته قد انصرفت الى اجازة عقد البيع الذي كان معيبا .

و اذن ، فالاجازة الضمنية يمكن استخلاصها من كل تصرف يقطع عن نية من صدر عنه ، أنها انصرفت الى اقرار التصرف ، عن تنازله عن استعماله لحق البطلان المقرر له قانونا .

هذاء ، وما دنا بصدد الاشارة الى الاجازة الضمنية ، فان لنا أن نتساءل عما اذا كان سكوت من تقرر البطلان النسبي لمصلحته عن رفع دعوى الابطال خلال المدة المحددة له قانونا يعتبر ضمنا من الاجازة الضمنية ؟

(١) بلا نيول و ريبير و اسمان / المطول المصلي ، ج ٦ ، المرجع السابق ، بند 307 ، ص 391 .

(٢) كوتيرييه / اجازة التصرفات الباطلة ، المرجع السابق ، بند 43 ، ص 30 .

وللإجابة على هذا التساؤل نقول: إن الفكر القانوني التقليدي كان يرى أن هسند، الحالة تتمتع نوعاً من الإجازة الضمنية بدعوى أن سكوت صاحب المصلحة عن رفع دعوى الإبطال يتضمن تنازلاً منه عن حقه في استعمال الحق المقرر له قانوناً.

على أن هذه الوجهة وإن كانت تتضمن بعض الحقيقة فإنها - وفقاً للاتجاه الفقهي الحديث - لا تكفي وحدها لتفسير السبب الذي دعا المشرعين إلى اعتماد تقادم دعوى الإبطال، فالمشروع حين اعتمد وأفقرة تقادم دعوى الإبطال قد استهدف أساساً تحقيق المصلحة العامة واستقرار الأوضاع القانونية، ذلك أن حق التمسك بالإبطال - على خلاف ما هو الأمر عليه بالنسبة إلى دعوى البطلان المطلق - يقتصر على الشخص الذي تقرر البطلان لمصلحته، والقول بعدم تقييده حقه في رفع دعوى الإبطال يؤدى إلى خلق نوع من الفوضى في المراكز القانونية، لأن الأخذ بهذا القول سيجعل مصير التصرف الذي يوجد الشخص طرفاً فيه مهدداً غير مستقر الدائم، فلا هو تصرف ثابت يمكن الاطمئنان إليه، ولا هو تصرف باطل، ولذلك فإن تحقيق المصلحة العامة والاستجابة لهذا ثبات واستقرار الأوضاع والمراكز القانونية قد استدعى من المشرع أن يتدخل فيحدد للطرف الذي يتمتع بحق طلب الإبطال مدة زمنية معينة يضمن عليه أن يقوم خلالها برفع دعوى الإبطال، فإذا لم يحرك ساكناً خلالها فإن سكوتة يؤدى إلى منعه من حق رفع هذه الدعوى، وبهذا المنع يستقر التصرف نهائياً وتثبت دعائمه، ويساعد على تحقيق هذا استقرار الأوضاع والمراكز القانونية (1).

و خلاصة القول : إن الإجازة - بحسب الأصل - سواء كانت صريحة أو ضمنية - لا تحتاج إلى شكل معين لكي تنتج آثارها القانونية، وإنما يجب أن تصدر من خوله القانون حق القيام بها، وأن تكون نية صاحبها قد انصرفت إلى النزول عن التمسك بالمصيب الذي شاب إرادته، على أن هذه القاعدة ليست مطلقة إذ توجد حالات لا يمكن أن تنتج الإجازة الضمنية فيها أى أثر على الرغم من أن صاحبها قد يقوم بتصرف يكشف عن نيته في إجرائها، ومن قبيل ذلك ما يقرره المشرع الفرنسي في المادة 101/1¹ تجارى فرنسي الواردة بالقانون رقم : 537-66 المؤرخ في 24/07/1966 والمتعلق بالشركات التجارية التي مفادها أن القائم على إدارة شركة مساهمة يرضع من إبرام عقد مع الشركة التي يديرها دون موافقة

(1) وارتى ورينو/ القانون المدني، الالتزامات، ج 2، المرجع السابق، بند 206، ص 186، وفلور وأوبير/ الالتزامات، ج 1، التصرف القانوني، المرجع السابق، بند 350، ص 270 - 271.

مسبقة من طرف مجلس الادارة. وقد قرر القضاء الفرنسي وهو يصدد تطبيقه لهذا الحكم أن مجرد تنفيذ المقدم المهرم المشوب بعيب البطلان قبل استصدار الموافقة المسبقة المطلوبة لا يكفي أن نستخلص منه أن الاجازة قد حصلت، وأن العيب الذي شاب المقدم المهرم قد تمت ازالته عن طريق تنفيذ⁽¹⁾ وهو نفس الحكم الواجب التطبيق بصدده المادة 627/1 تجاري جزائري التي تضمنت حكماً مماثلاً للحكم المنصوص عليه في المادة 101/1 تجاري فرنسي، بنصها على أنه "لا يجوز عقد أي اتفاق بين الشركة وأحد القائمين بإدارتها سواء كان بصورة مباشرة أو غير مباشرة أو بالواسطة إلا بعد استئذان مجلس الادارة سبقتا وبعد تقديم تقرير من مندوب الحسابات وذلك تحت طائلة البطلان".

المطلب الثاني

تحديد الطبيعة القانونية للاجازة وتمييزها عن بعض الأنظمة القانونية الأخرى

الفـرـع الأول

تحديد الطبيعة القانونية للاجازة

ان الاجازة - كما يتضح من تعريفاتها المختلفة - ليست ذات طبيعة تعاقدية، إذ هي تتوقف على ارادة الطرف الذي قرر البطلان لمصلحته فقط فيثبت له هو وحده الخيار بين اجازة التصرف أو التمسك ببطلانه.

غير أن تحديد الطبيعة القانونية للاجازة كان محل جدل فقهي واسع فقد انطلق البعض من معطيات النظرية التقليدية التي تعتبر البطلان وصفا يلحق التصرف ليصلوا الى القول بأن الاجازة ماهي الا وسيلة لازالة سبب البطلان الذي يهدد التصرف، ولذلك لا غرابة في أن نجد أوبري ورو يدرفان الاجازة بقولهما: "الاجازة تصرف قانوني يحققتاه يقوم شخص بازالة الميوب التي لحقت بالتصرف والذي كان بإمكانه المطالبة بإبطاله"⁽²⁾.

و الواقع أن هذا الرأي يجد مصدره في المادة 1338/3 مدني فرنسي التي ورد فيها أن الاجازة... تؤدى الى التنازل عن الوسائل والدفع التي كان بالإمكان الاعتراض بها على التصرف...⁽³⁾. ويمتد هذا الرأي سليما اذا ما حددنا مجال أعماله بالبطلان

(1) نفق تجاري 1976/12/13، منشور بد الورز 1977، ص 375 مع تعليق الأستاذ ميشيل جوتمان.

(2) يراجع أوبري ورو / المرجع السابق، ج 4، بند 337، ص 429.

(3) يجرى نص المادة 1338/3 مدني فرنسي على النحو الآتي: "... La confirmation... emporte la renonciation aux moyens et exceptions que l'on pouvait exposer

النسبي ، ان يصح اعتبار الاجازة بمثابة تعبير عن ارادة الطرف الذي قرر المشرع حمايته ، وبمقتضاه يتنازل عن الحماية المقررة له ، وذلك بتنازله عن حقه في التمسك بالابطال . وبامعان النظر في هذه الوجهة نجد ها تضي على الاجازة خاصيتين جوهريتين ، فهي تودى الى التنازل عن الحق في طلب الابطال من جهة ، وتودى من جهة ثانية الى ازالة الميب الذي كان يشوب التصرف بأثر رجعي ، أى ابتداءً من تاريخ نشوء التصرف . على أن بعض الفقه وان كان يمتهر الاجازة بمثابة تنازل عن دعوى الابطال ، أو كما يسميه - مثائرا بالفقيه جابيو - بالتنازل عن حق النقد ، فانه يرى الوقوف عند هذا الحد دون القول بأن الاجازة تلمب الدور الثاني الذي أنيط بهما و المتمثل في تصحيح التصرف بأثر رجعي .

وانطلاقاً من هذا التحليل فان هذا الفريق من الفقه يرى أن دعوى البطلان ليست سوى حق نقد التصرف المعيب ، وان الاجازة ليست سوى تنازل عن هذا الحق (أى حق النقد)⁽¹⁾ وهو أمر أدى به الى حد التساؤل عما اذا كان بالامكان اجازة كل تصرف أيا كانت درجة جسامته الميب الذي شاب هذا التصرف ، وعما اذا كان يمكن مد آثار الاجازة الى نطاق التصرفات الباطلة بطلاناً مطلقاً ؟

ولو تفحصنا هذا الرأي ، فاننا نلاحظ أن له أهلية لا يستهان بها ، فهو يدعوننا الى التساؤل عما اذا كان يتمين الوقوف عند القول بأن الاجازة نوع واحد أم يجب الاعتراف بتنوعها ؟

و الواقع أن مثل هذا التساؤل الذي نشيره مسابقة لهذا الفريق من الفقه ليس بالأمر الجديد ، فقد سبق أن أثاره كل من ريبير وبولانجيه إذ سبق لهما أن أكدا أن الاجازة قد تودى أحياناً الى احلال عنصر صحيح محل المنصر المعيب ، بينما تودى أحياناً أخرى الى مجرد التنازل عن الحق في طلب الابطال . وقد أدخلنا في اطار الفرض الأول حالة التصرف الصادر من ناقص الأهلية ، ومن كانت ارادته معيبة بأحد الميوس الثلاثة : الفلظ أو التدليس أو الاكراه ، أما الفرض الثاني فقد أدرجناه تحت حالة الفبن⁽²⁾ .

contre cet acte.

.../...

(1) كوتيرييه / رسالته ، بند 12 وما بعده ، ص 10 وما بعدها .

(2) الأستاذان ريبير وبولانجيه / المطول الأولي في القانون المدني ، ج 2 ، بند 857 ، ص 291 .
RIPERT et BOULANGER, traité élémentaire de droit civil, tome II.

كما أن هذه التفرقة وجدت صداها أيضا لدى الأستاذ فرجات FARJAT الذي قام بالفصل في دراسته للاجازة ، بين ما اسماه بالاجازة التي تفيد النزول عن طلب الإبطال confirmation- renonciation "و" الاجازة المصححة confirmation- réparation."

هذا ، والاختلاف في تصور طبيعة الاجازة تترتب عليه نتائج ذات أهمية بالغة إذ أنه يوصى الى الاختلاف في تحديد الأثر الذي يترتب عليها . فبينما ينطلق أنصار الاتجاه الأول من فكرة ازدواجية وظيفة الاجازة ، فيضفون عليها أثرا رجعيا ، ويقررون - تبعاً لذلك - أن التصرف متى تمت اجازته من طرف من خوله المشرع هذا الحق فإنه يصبح صحيحاً من تاريخ انشاءه ، ومن ثم لا يمكن المنازعة في الآثار التي سبق أن رتبها خلال الفترة الممتدة من تاريخ انشاءه حتى لحظة اجازته ، فان أنصار الاتجاه الثاني يرون أنه لا حاجة للجوء الى فكرة الأثر الرجعي⁽²⁾ ، فطالما ان الاجازة تعبر تنازلاً عن الحق في التمسك بالبطان فبان فكرة الرجعية لم تنق لها أية أهمية ، إذ أن تنازل من يتمسك بحق النقصد يوصى بالتمعية الى حرمانه من امكانية المنازعة في الآثار التي أنتجها التصرف سواء نشأت آثار التصرف في الفترة السابقة عن اللحظة التي تمت فيها الاجازة أو الفترة اللاحقة لها⁽³⁾.

وإذا ما عدنا الى احكام القانون المدني الجزائري فإن ظاهر صياغة المادة 101/1 التي نصت على انه " يسقط الحق في ابطال المقعد ... " يدعونا الى الاعتقاد ببيان مشرعنا - وان كان قد قصر مجال الحديث عن الاجازة بصدد المقعد - قد لمستهوهم بحثابة نزول عن الحق في طلب الإبطال . على أن ذلك لا يحول دون القول بأن الاجازة حالة صدورها من يملك حق اصدارها ترتب أثراً رجعياً ، وان كان المشرع قد قيد اعمال هذا الأثر بضرورة عدم المساس بالحقوق التي يكون الغير قد اكتسبها بناءً على المقعد الذي تمت اجازته . ودليلنا على ذلك ما أورده المشرع صراحة في المادة 100 من القانون المدني بما نصه " يزول حق ابطال المقعد

(1) فرجات/رسالته هديجون 1963 ، بند 522 وما بعده ، ص 417 وما بعدها ، وخاصة بند 526 ، ص 419 .

(2) كوتيرييه / رسالته ، بند 77 ، ص 54 .

(3) كوتيرييه / رسالته ، بند 78 ، ص 55 .

بالاجازة الصريحة أو الضمنية ، وتستند الاجازة الى التاريخ الذي تم فيه إبرام العقد ، دون اخلال بحقوق الغير .

واذن ، فان صياغة المادة 100 من القانون المدني الجزائري في وضعها الحالي تفيد أن المشرع قد أضفى الأثر الرجعي على الاجازة . ونرى أنه كان يستحسن بمشرعنا القول بأن للاجازة أثرا تثبتيا ، لأن دور الاجازة - كما هو مقرر - أنها تؤدي الى تثبيت دعائم تصرف كان مهدد بالزوال ، خاصة وان اعتماد المشرع لهذا التحليل يحقق عملية التنسيق ما بين المادتين 100 و 101/1 من القانون المدني .

الفرع الثاني

تتميز الاجازة عن غيرها من الأنظمة القانونية المشابهة

بتميز الاجازة عن غيرها من الأنظمة القانونية المشابهة لها كالتنازل ، وإنشاء التصرف من جديد ، وتصحيحه ، والاذن للقاصر بالتصرف ، والاقرار ، وهذا مما نعالجه بشيء من البیان تباعا :

(1) الاجازة والتنازل : ليس من السهل التمييز بين الاجازة والتنازل ، ذلك ان كلا منهما يعتبر تصرفا آحاديا يؤدي في نهاية الأمر الى عدم تمسك من صدرت عنه الاجازة أو التنازل بالحق المقرر له ، فالأولى تؤدي بطرف التصرف الذي تقرر البطلان لصلحته الى عدم امكان استعماله فيما بعد ، والثانية تؤدي بالشخص المتنازل الى فقد امكان المطالبة بالحق الذي تنازل عنه مرة ثانية ، على أنهما اذا كانا يتحدان من حيث الأثر القانوني فانهما يختلفان من حيث نطاق اعمال كل منهما ، ويبدو ذلك فيما يلي :

(2) فالاجازة يتحدد مجال اعمالها بمصادرج العمل على تسميته بالبطلان النسبي فقط ، في حين أن التنازل يسرى على كل التصرفات القانونية التي يسرى المشرع جواز الرجوع فيها ، فهي تصدق بالنسبة الى الحقوق الميئنة والحقوق الذهنية كما أنها تنتج آثارها بصدد الحقوق الشخصية ، بل ان بعض الفقه يذهب الى ادماج الاجازة في اطار التنازل كالأستاذ كوتيرييه الذي يرى أن الاجازة ليست سوى تنازل عن الحق في نقد التصرف (1).

(1) الأستاذ كوتيرييه / الرسالة ، بند 151 و 152 ص ص 120 - 121 .

(ب) يفترض في التنازل أن التصرف قد نشأ صحيحاً و منتجاً لآثاره بين طرفيـــــــــــــــــــــــــه ،
 كأن يتنازل الغير عن حقه في رفع دعوى عدم نفاذ التصرف أو الدعوى الهولصبية
 المقررة له قانوناً في حين أن الإجازة تفترض أن التصرف الذي كان موضوعاً لها قد
 نشأ مريضاً كما يقول أنصار النظرية التقليدية فيؤدي أعمالها إلى تدعيم ركائزـــــــــــــــــه ،
 وصيروتـــــــــــــــــه من ثم بمنأى عن خطر البطلان الذي كان يهدده .

(ج) كما يوجد اختلاف بينهما فيما يتعلق بتحديد الأشخاص الذين يمكنهمـــــــــــــــــ
 التمسك بكل منهما ، فالإجازة لا تنتج آثارها إلا إذا صدرت من أحد أطـــــــــــــــــراف
 التصرف سواء صدرت ممن كانت إرادته مشوبة بعيب من العيوب المقررة أو ممن خولهم
 المشرع هذا الحق كخلفه المأم أو الخاص ، في حين أن التنازل قد يصدر من
 الغير كتنازل الغير عن حقه في التمسك بمسدم سريان التصرف في مواجهته (1)

(2) الإجازة وعمل التصرف من جديد :

يراد بعمل التصرف من جديد (*réfection de l'acte*) تلك الحالة التي يلجأ
 فيها أطراف التصرف إلى اجرائه من جديد (2) أي أنه يعتبر بمثابة إنشاء لتصرف
 قانوني جديد منتج لآثاره مستقلاً فقط ، أي اعتباراً من تاريخ انشاءه ، وبهذا الفهم
 فإن عمل التصرف من جديد يختلف عن الإجازة التي توديـــــــــــــــــ كل أســـــــــــــــــماء إلى نزول
 من قام سبب الإبطال في جانبه عن حقه في التمسك بهذا النسخة ، وهو أمر من شأنه
 أن يجعل التصرف المهرم بمنأى عن خطر الإبطال الذي كان يهدده منذ لحظة انشاءه
 إلى حين إجازته (3)

يضاف إلى ذلك أن عمل التصرف من جديد يتطلب توافر الأهلية في كل مسن
 أطرافه وقت اجرائه ، في حين أن الإجازة تتطلب فيها توافر الأهلية في المجسر
 وحده وقت الإجازة (4)

كما يلاحظ أن الإجازة ترد على تصرف قابل للإبطال ، أما اجراء التصرف من
 جديد فإن طرفي التصرف يلجآن إلى اعتماده بصدده التصرف ، بطله بطلاناً

(1) فالدولييفر (ف) / إجازة التصرفات الباطلة ، رسالة باريس 4 ، ص 4 - 5 .

FAIDELIEVRE (F) , la confirmation des actes nuls , thèse , Paris 1964 .

(2) جود ميه / مطوله في الالتزامات ، ص 171 .

(3) يراجع ما سبق تحليله بهذا الصدد ، ص 431 وما بعدها من هذه الرسالة .

(4) الدكتور السنهوري / الوسيطه ج 1 ، بند 316 ص 566 .

مطلقا نظرا لأن هذه التصرفات لا يمكن أن تكون محلا للاجازه .

(3) الاجازة وتصحيح التصرف :

يعتبر تصحيح التصرف (la régularisation du l'acte) بمثابة ازالة العيب الذي شاب هذا التصرف ، وهو وسيلة يلجأ الى اعتمادها غالبا بصدده الشركات التجارية لتثبيت دعائم الشركة التي تم انشاؤها وذلك بازالة العيب الذي كان يهددها بالبطالان ، حتى لو لم يقم الطرف الذي شاب هذا العيب ارادته باجازه ، ومن قبيل ذلك ما تقضي به المادة 738² تجارى جزائرى من أنه يجوز لكل شريك وللشركة أن يتخذ اكل اجراء من شأنه أن يحول دون بطلان الشركة كسواء حقوق أسهم الطرف المميب الارادة شريطة ألا يكون سبب البطلان راجعا لعدم مشروعية محل الشركة ، لأن الحكم ببطلان الشركة في هذا الفرض يكون وجوبيا (المادة 735 تجارى) .

وترتبا على ذلك ، فإنه اذا لم يتم احترام الأحكام المنصوص عليها بصدده الشركات فان الشركة تصبح معيبة ، فيكون " التصحيح " وسيلة لازالة هذا العيب ، وذلك برفع النقص الذي شابها ، وهو أمر من شأنه أن يوصل الى منع الطرف الذى كان بإمكانه التمسك ببطلان الشركة من استئصال هذا الحق . وينتج من هذا التحليل أن تصحيح التصرف يتحد من حيث الاثر مع الاجازة إذ أن كلا منهما يوصل الى تثبيت دعائم التصرف الذى نشأ معيبا .

على أن وحدة الهدف الينفى في اطار التصحيح والاجازة لا تمنع من القول بأن هناك اختلافا بينهما ، وذلك ان الاجازة لا تضيف شيئا جديدا الى التصرف بل يبقى التصرف مشتملا على نفس العناصر المكونة له وقت انشائه ، على خلاف تصحيح التصرف الذى يتم عن طريق ادخال عنصر جديد على التصرف وذلك عن طريق شراء أسهم الطرف المميب الارادة في الشركة لا بحداد خطر البطلان عنها ، أو تطبيق الحكم الذى تقرره المادة 790² مدني من أن الطرف المستفصل (بكسر الفين) يجوز له في عقود المفاوضة أن يتوقى دعوى الابطال وذلك بمعرض ما يراه القاضى كافيا لرفع الشبهة . ففي هذين الفرضين يكون شراء أسهم الطرف المميب^{الارادة} في الشركة ، وعرض ما يكفى لرفع الشبهة (كستكمة الثمن) عنصرا جديدا يوصل الى تصحيح الشركة أو العقد الذى كان كل منهما مهددا بالبطالان .

(4) الاجازة والترخيص للقاصر باجراء التصرف :

يفرق فقهاء الشريعة الاسلامية بصدور القصر بين طائفتين ، فهناك من يمتثلون عديدي الاهلية (وهم الذين يحق لهم عن سبع) (07) سنحجرات) وهناك من يمتثلون ناقصي الاهلية وهم الذين يتجاوزون السابعة ولكنهم لم يبلغوا بعد سن الحلم أو لم تتوافر لديهم صفة الرشد .

وقد رأينا أن المشرع الجزائري قد اعتد بهذه التفرقة وان كان قد خرج عن السن المحددة من طرف الفقهاء المسلمين فاعتبر الشخص عديم الاهلية متى كانت سنه تقل عن السادسة عشر سنة (المادة 42/2 مدني) و ناقص الاهلية متى تجاوز سن التمييز أي اتم ست عشرة سنة (المادة 43 مدني) ولم يصل بعد الى سن الرشد التي حددها المشرع في المادة 40/2 مدني بتمتع عشرة سنة .

واستنادا الى هذه التفرقة القائمة على أساس القدرة على الادراك والتمييز منع المشرع بمقتضى المادة 82 من قانون الأسرة عديم الاهلية من القيام بأى تصرف (1) في حين أنه أجاز لناقصيها التصرف في أمواله بصفة كلية أو جزئية اذا ما حصل على ترخيص سابق من القاضي (المادة 84 من قانون الأسرة) (2) على أن هذا الترخيص السابق وان كان من شأنه أن يجس التصرف الذي يجريه القاصر ثابت الدعائم فانه يبقى مختلفا عن الاجازة ، ذلك أن الاجازة تصرف ارادى انفرادى لا حق لاشياء التصرف المصيب يوعى وجودها الى النزول عن حق طلب ابطال التصرف ممن خوله المشرع هذا الحق في حين أنه يشترط في الترخيص أن يكون قد حصل قبل أن يجرى القاصر التصرف ، كما ان هذا الترخيص يصدر عن غير المتشاقدين على خلاف الاجازة التي تصور عن شخص كان طرفا في التصرف .

الاجازة والاقرار :

يمتثل الاقرار (la ratification) وسيلة لاجازة التصرف الذي يجريه شخص ليست له صفة القيام به ، ومن قبيل ذلك أن يبيع شيئا ليس مملوكا له ، فمثل هذا التصرف

(1) فقد نصت هذه المادة على مايلي " من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة (42) من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة " .

(2) نصت المادة 84 أسرة على مايلي " للقاضي ان يأذن لمن يبلغ سن التمييز فسي التصرف جزئيا أو كليا في أمواله بناء على طلب من له مصلحة ، وله الرجوع فسي الاذن اذا ثبت لديه ما يبرر ذلك " .

يبقى وفقا لصريح نص المادة 397/2² مدني متوقفا على اقراره من طرف المالك الحقيقي ، فان وافق هذا الأخير كنا - حينئذ - بصدد اقرار التصرف المبرم (المادة 398/1¹ مدني) وليس اجازة له لأنه في هذه الحالة يكون من صدر عنه الاقرار قد وافق على التصرف الذي أجراه البائع الذي ليس مالكا للشيء المبيع باسمه ودون أن يتلقى وكالة سابقة من المالك الحقيقي (1).

وبذلك يقتضح ان الاقرار يقوم به شخص آخر غير طرفي التصرف ، وهذا على خلاف ما يحدث بصدد الاجازة اذ انها تصدر عن طرف في التصرف يخوله المشرع حق التمسك ببطلان هذا التصرف أو التنازل عنه . فضلا عن ذلك ، فان الاجازة بمجرد صدورها تؤدي الى تثبيت دعائم التصرف المميب ، أما الاقرار فانه في حالة حصوله يؤدي الى اعتبار التصرف المبرم من طرف الغير كأنه أجرى بوكالة من صاحب الحق الأصلي في اجرائه . ولذلك نقول القاعدة اللاتينية اي الاقرار اللاحق كالوكالة

Ratihabitio mandato aequiparatur . "

هذا ، وتجدر الملاحظة الى أن الاقرار يعتبر تصرفا قانونيا جديدا يأتي لا حقا لتصرف سابق أجراه طرف لم يكن يملك حق التصرف في الشيء موضوع التصرف ، ومن ثم فان هذا التصرف لا يسرى في مواجهة المالك الحقيقي للشيء المبيع قبل صدور الاقرار منه على خلاف الاجازة التي تصدر من شخص كان طرفا في التصرف المميب.

المطلب الثالث

نطاق الاجازة و آثارها

الفرع الأول

نطاق الاجازة (أوبيان التصرفات القابلة للاجازة)

تولى المشرع الجزائي تحديد مجال الاجازة بصدد المقود ، فنص صراحة بمقتضى المادة 100 على أنه " يزول حق ابطال المقد بالاجازة الصريحة أو الضمنية . . . " . ورغم أن المشرع قد اقتصر على اجازة التصرف في حالة ما اذا كان عقدا اذ أوضح ان المقد القابل للابطال هو وحده الذي يمكن أن يكون موضوعا للاجازة .

(1) أوبري وروبمساعدة بارشان / القانون المدني ج 6 ، الطبعة الخامسة ، بند 337 ، ص 430 الهامش (4)
AUBRY et RAU , droit civil, tome VI, par BARTIN,
5^e édition;

فإننا نرى ضرورة تعميم هذا الحكم بالنسبة الى كل تصرف قانوني ونستخلص من ذلك مساعدة عامة موحدها أن " التصرفات القابلة للإبطال هي وحدها التي تصلح أن تكون موضوعاً للإجازة " . على أن هذا الرأي الذي اعتمدته المشرع الجزائري ومن سبقه من المشرعين الآخرين لم يكن له صدى لدى بعض الفقهاء الذين لا يمانعون في إمكان ورود الإجازة على التصرفات الباطلة أيضاً، بل وحتى المنعقدة منها خاصة أولئك الذين لا يزالون يعتمدون هذه النظرية التي أنزل نجمها .

أولاً : الإجازة والتصرفات القابلة للإبطال :

يراد بالتصرفات القابلة للإبطال تلك التصرفات المصيبة أي التي ينقصها شرط من شروط الصحة كما تقتضي بذلك النظرية التقليدية التي اعتمدها المشرع الجزائري والمتثلة في نقص الأهلية أو وجود عيب من عيوب الرضا .

وإذا كان موقف المشرع الجزائري يتماشى مع غالبية الفقه ، فإن بعض الفقهاء اتخذ بضابط المصلحة كسماح للتفرقة ما بين نوعي البطلان : المطلق والنسبي .
تسأل عما إذا كانت كل التصرفات الباطلة قابلة للإجازة ، سواء أكان البطلان قد تقرر لدواع متعلقة بالصالح العام أم تقرر لحماية مصلحة خاصة ، أم أنه يتميم قصر مجال إجازة التصرفات الباطلة على الحالة الثانية وحدها .

وللاجابة على هذا التساؤل فإن هذا الفريق من الفقه لا يمانع في تقرير البطلان إذا كانت القواعد التي تم خرقها متعلقة بحماية المصلحة العامة ، إذ المقرر أن الإجازة لا ترد على التصرفات التي تخالف الأحكام التنظيمية التي تستهدف حماية المصلحة العامة وتأكيدها لهذه الوجهة فإن الأستاذ " فرجات " يقرر أن تنظيم العلاقات التعاقدية لم يعد له طابع اقتصادي فحسب ، ولكنه قد يرواد به تحقيق أهداف اجتماعية ، ففسد يتدخل المشرع لتنظيم علاقات اجتماعية معينة بصفة آمرة دون أن تكون لهذه العلاقات طبيعة اقتصادية بحتة . وترتبط على ذلك ، فإنه لا يمكن أن نقرر صحة تنازل عامل عن الحد الأدنى الضمون للأجور ، وعن الممثل المدفوعة الأجر ، لأن هذه الأحكام أريد بها حماية المصلحة العامة ، ومن ثم فإنها لا يجوز التنازل عنها " (1) .

(1) الأستاذ : فرجات (FARJAT) / النظام العام الاقتصادي ، باريس 1963 ، بند 16 - ص 499 ، غير أن محكمة النقض الفرنسية ، لم يسبق أن اعتمدت هذا الرأي ، إذ قرر بمقتضى حكم صادر عنها بتاريخ 18 مارس 1955 أن العامل يجوز له أن يتنازل مسبقاً عن الممثل المقررة له قانوناً ، وقد نشر هذا الحكم بدور سنة 1956 ، ص 517 ، مع تعليق الأستاذ : ماسوري .

أما إذا كانت القواعد التي لم يتم احترامها تستهدف حماية المصلحة الخاصة وحدها ، فإن هذه الحماية تهقى قبلة للتنازل عنها من طرف من قررت لمصلحته ، ويرتب تنازله عنها آثاره القانونية طالما أن التنازل كان حرا حين تنازله عن التمسك بحق الا بطلان المقرر لمصلحته⁽¹⁾

على أننا نلاحظ بهذا الصدد أن تطبيق هذا الحكم يقتضي نوعا من الحيطة ، ففكرة المصلحة صفة عامة وتحديد ما يعتبر من قبيل المصلحة العامة والمصلحة الخاصة مسألة مرنة تختلف باختلاف الدول استنادا الى معطياتها السياسية والاقتصادية والاجتماعية ، وللتدليل على ذلك نشير الى انه إذا كان القضاء الفرنسي مثلا قد أجاز تعديل بعض أحكام قانون العمل كما هي الحال بالنسبة الى العطيل ان أجاز التنازل عنها من طرف المامل ، فإن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة الى المشرع الجزائري الذي اعتبر أحكامها متعلقة بالنظام العام ، ومن ثم رتب البطلان كجزءا على مخالفتها ، فقد نص المشرع الجزائري في المادة 26 من القانون الأساسي المسمى للمامل⁽²⁾ على أنه " يسمد باطلا وعديم الأثر كل شرط مدمج في عقد عمل يخالف الأحكام التشريعية والتنظيمية ويكون في غير مصلحة المامل " كما أنه كيف المطلقة المقررة للمامل بأنها ذات وجهين ، فتص في المادة 79 على أنها حق له ، وأوضح في المادة 81 أن مصدر هذا الحق هو القانون ، وجعلها في المادة 87 التزاما على المامل فالزمه بالتقيد بها كل سنة .

لذلك ، فإنه يتمين على القضاء أن يحتاط وهو صدد تطبيقه لمعيار المصلحة وان يرلعي كل الظروف التي يتواجد فيها⁽³⁾

ثانيا : هل يمكن أن ترد الاجازة على التصرفات الباطلة بطلانا مطلقا ، أو المنعومة ؟

يقضي منطق النظرية التقليدية بان التصرفات الباطلة (أو المنعومة) لا يمكن أن تكون محلا للاجازة⁽⁴⁾ لأن التصرف في هذه الحالة يكون قد ولسد ميتا والميت

(1) يراجع تعليق الأستاذ مالوري ، منشور بد الو ز ل سنة 1954 ، ص 519 على الحكم الصادر عن محكمة استئناف بواتيبي POITIERS بتاريخ 18/12/1953 . وفي نفس المعنى : الأستاذ فارجات / رسالته في النظام العام الاقتصادي ، المرجع السابق ، بند 513 ، ص 624 .

(2) قانون رقم : 78 - 12 الصادر في 05/08/1978 .

(3) يراجع ماسبق تحليله بصدد تحديد معطيات معيار المصلحة وكيفية تطبيقه ، صفحة 177 من هذه الرسالة .

(4) الأستاذ تريفانيسكو / اجازة العقود الباطلة ، رسالة من باريس 1911 ، ص 23 .

لا يمكن بحث الحياة فيه من جديد ، ولذلك فإن العمل قد استقر لدى انصارها على اعطاء حق التمسك بالبطالان المطلق لكل ذي مصلحة ، في حين أن مثل هذا الحق يقتصر في مجال البطالان النسبي على الشخص أو الأشخاص الذين استهدف المشرع حمايتهم (1).

على أن هذا الرأي الذي اعتمدته المشرع الجزائري في المادة 102 مدني بنص صراحة على أن المقد الباطل لا تلحقه الاجازة ، لم يلق تأييدا من طرف بعض الفقه ، إذ ظهر اتجاه حديث يرى امكان اجازة التصرف الباطل بطلانا مطلقا ، بحيث يكون بوسع الأطراف اجازة التصرف الباطل فيما بينهم ولكنهم يقيدون هذه الاجازة فسمي انتاج آثارها بعدم المساس بمصالح الغير . ولتبرير هذا الرأي ، استند أنصاره إلى أن الاجازة تهدف - في الاصل - إلى التنازل عن الحق في الطعن في التصرف القانوني المشوب بالبطالان ، وأن المنطق القانوني يستلزم - تبعاً لذلك - ضرورة ورودها على كل أنواع البطالان لا فرق بين انعدام وبطلان مطلق وبطلان نسبي ، إذ أن جميعها تنطوي على حق الطعن وأنه بإمكان أي شخص يمنحه القانون حق التمسك بالباطل - لأن استعمال هذا الحق أو التنازل عنه ، طالما أن اجازته للتصرف الباطل تقتصر من حيث آثارها على أطراف التصرف الباطل بطلانا مطلقا ولا يكون من شأنها المساس بحقوق الغير (2).

هذا ، ونحن بصدد الحديث عن التصرف الباطل نشير إلى ذلك الفرض الشائع الذي يبطل فيه التصرف لمخالفته للشروط الأساسية التي يتطلبها القانون لصحته ، ثم يزول بمد ذلك سبب البطالان ، فيثار تساؤل حينئذ لمعرفة ما إذا كان يمكن اجازة هذا التصرف الذي كان باطلا أصلاً ؟ وصورة ذلك أن يقوم شخص بأجراء تصرفات متعلقة بتركة

(1) مازو/ دروس في القانون المدني الفرنسي ، ج 2 ، بند 309 .

(2) يراجع في ذلك : الأستاذ نج . غيستان / تعليقه بد اللوز 1974 ص 239 وما بعدها على حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 30 أكتوبر 1972 . ويراجع في هذا الاتجاه أيضا : تولييه TOULLIER ، في مؤلفه القانون المدني الفرنسي ، ج 8 ، بند 518 ولا رومبير LAROMBIERE الذي يذهب إلى أن الاجازة تلحق حتى التصرف المنعقد . وأوبري ورو / القانون المدني الفرنسي ، ج 4 ، ص 388 إذ يقران أن جميع الالتزامات الباطلة والقابلة للإبطال تخضع بصفة عامة لنظام الاجازة سواء تعلق بالبطلان بالجوهر أو بالشكل ، وسواء أكان مطلقاً أم نسبياً يحمي مصلحة عامة أو خاصة ، بل يريان أن البطالان للنظام العام يمكن أن يكون موضوعاً للاجازة متى زال السبب الذي أدى إليه .

مستقبلية أى أثناء حياة المورث ، فمثل هذا التصرف يخضع لأحكام البطلان المطلق تطبيقاً للمادة 92² مدني لأنه يقوم على أساس المضاربة على حياة المورث . ولكن مسأ الحكم لو أن هذه التركة آلت إلى المتصرف فعلاً ، فهل يمكنه إجازة التصرفات التي سبق أن أجراها قبل أن توصل إليه التركة أو يمتنع عليه ذلك ؟

إن المقرر لدى الفقه والقضاء في هذا الصدد هو أن مثل هذه التصرفات تبقى كسقاعدة عامة باطلة ، بحيث لا يمكن أن تصحح عن طريق الإجازة ، لأنها لا وجود لها من الناحية القانونية ، بل إنها في مرتبة المدم ، والمستقر عليه أنه لا يمكن لشخص واحد وبارادته المنفردة أن يخلق من المدم تصرفاً قانونياً⁽¹⁾ ، فإن أراد الطرفان إضفاء صبغة قانونية بشأنها فإنهما يكونان ملزمين باللجوء إلى ما يعرف قانوناً بعمل التصرف من جديد⁽²⁾.

و الواقع أن هذا الحكم سليم ومنطقي ، ذلك أن اعتماد فكرة عمل التصرف من جديد يوصى إلى نتائج مضايقة لتلك التي تترتب على إجازة التصرف الباطل ، فالإجازة تتميز بفكرة الرجعية ، أى أنها تسمى إلى إزالة العيب الذي شاب التصرف بأثر رجعي إلى لحظة إنشاء التصرف ، في حين أن عمل التصرف من جديد يسمح للتصرف بانتساج آثاره ابتداءً من تاريخ إبرامه فقط⁽³⁾ ، وقد كانت محكمة النقض الفرنسية صريحة في هذا الحكم إذ قررت " أنه إذا كان التصرف باطلاً بطلاناً مطلقاً فإنه لن يكون قابلاً للإجازة ، غير أنه بإمكان طرفيه تجديد اتفاقهما " ⁽⁴⁾.

وترتباً على ما سبق ، ففي إطار التعامل في تركة مستقبلية المشار إليه آنفاً لا يمكن للإجازة أن تنتج أى أثر قانوني بالنسبة إلى الفترة السابقة على تاريخ أيلولة التركة إلى المتصرف . على أنه حين انتقال هذه التركة إليه ، يصبح بإمكان الطرفين إبرام تصرفاتهما من جديد بصدور العناصر المكونة لهذه التركة دون أن يكون لهذا الإبرام أى أثر

(1) الدكتور محمود جمال الدين زكي / المرجع السابق ، بند 125 ، ص 249 . ويعبر عن ذلك الدكتور السنهوري بأن المدم لا يصير وجوداً ولو أجزى ، في مؤلفه / الوسيط ، ص 1 ، المرجع السابق ، بند 315 ، ص 565 وهو نفس ما عبر عنه الأستاذ زهدى يكن / المرجع السابق ، بند 371 ، ص 169 .

(2) فوان / حظر التعامل في التركة المستقبلية في القانون الفرنسي ، رسالة من جامعة باريس 1967 ، ص 184 .
VOUIN, la prohibition des pactes sur succession future en droit français, thèse, Paris, 1967.

(3) الدكتور جمال الدين زكي / المرجع السابق ، بند 125 ، ص 249 - 250 . وغستان / تعليقه السابق ، الإشارة إليه بدالوز لسنة 1974 ، كوتيريه ، المرجع السابق ، بند 328 ، ص 93 .

(4) نقض فرنسي 1966 / 05 / 04 منشور بدالوز لسنة 1966 مع تعليق الأستاذ : مالوري ، منشور . . .

رجمسي .

هذا، ونحن بصدد الحديث عن علاقة الاجازة بالمقد الباطل، ونرى ضرورة الإشارة الى التناقض الذي وقعت فيه بعض التشريعات المرنية بصدد الهبة ومن قبيل هذا التناقض ما ورد في المادة 489 مدني مصري من أنه " اذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لميب في الشكل، فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه " مفيدة بذلك أن البطلان باعتباره الجزاء المترتب على تخلف الشكل في مثل هذه الحالة يبقى قابلاً لأن تلحقه الاجازة⁽¹⁾، والواقع هو أن هذا الحكم ينطوي على تناقض واضح اذ كيف تلحق الاجازة عقداً منعدماً لا وجود له من الناحية القانونية؟ وقد كان هذا التناقض داعياً لبعض الفقه الى أن يقول ان الأعمال التحضيرية قد حاولت رفع هذا التناقض بقولها " ان الهبة الباطنة بطلاناً مطلقاً لميب في الشكل يتخلف عنها التزام طبيعي يعتبر تسليم الموهوب للهبة تنفيذاً له، وانه لهذا السبب لا يجوز الاسترداد وفقاً لقواعد الالتزامات الطبيعية⁽²⁾ " .

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 206 من القانون رقم : 84 - 11 الصادر في 09/06/1984 المتضمن قانون الأسرة على ان " تنعقد الهبة بالايجاب والقبول، وتتم بالحيازة، ومراعاة أحكام قانون التوثيق في المقارات... " .

وبهذا النص أوضح المشرع أن موضوع الهبة اذا كان عقاراً فإنه لا يكفي لقيامها بتبادل الايجاب والقبول، واتمام الحيازة، بل لا بد من توافر الشكلية التي تعتبر ركناً في التصرف بمقتضى المادة 12 من قانون التوثيق رقم : 70 - 91 الصادر في 15/12/1970⁽³⁾ الذي نص صراحة على وجوب توافر ركن الرسمية في التصرف بقوله " فضلاً عن المقصود (ومطلق التصرفات) المتضمنة نقل ملكية المقارات أو حقوق عقارية... يجب تحت طائلة البطلان أن تحرر في الشكل الرسمي... " وهو نفس الحكم الذي أكدته المشرع في الفقرة الثانية من المادة 206 من قانون الأسرة بما نصه " واذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة " .

.../... ب:ج . م . ب . JCP . لعام 1967 الجزء الثاني بند 15 036 تعليق مازو (جان) .
(1) الدكتور السنهوري / الوسيط ج 1، المرجع السابق، بند 315، ص 565، وفي مصادر الحق، ج 4، المرجع السابق، ص 109 .

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية، الجزء الرابع، ص 252، وذهب الدكتور سليمان مرقس الى أن التحليل الوارد في مجموعة الأعمال التحضيرية غير صحيح، اذ يرى أن البطلان الوارد في المادة 489 مدني مصري هو بطلان من نوع خاص، وهو قيام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ الهبة الباطلة لميب في الشكل، يراجع مؤلفه : النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، بند 233، ص 278 .

(3) هذا، مع ملاحظة ان تاريخ سريان هذا القانون قد تحدد ب: 01/01/1971 (المادة 53.../...)

و اذن فالحكم عند المشرع الجزائى أنه حتى لو تم تنفيذ هبة عقار من طرف الواهب أو ورثته مختارين الى الموهوب له دون توافر ركن الرسمية فان الهبة تعتبر باطلية بطلاناً مطلقاً، ولا ترد عليها الاجازة، ويحق للواهب أو ورثته استرداد ما سلموه المسمى الموهوب له، وهذا الحكم يتماشى مع منطق نظرية البطلان، ولا يتناقض معه، على عكس ما رأيناه عند المشرع المصرى في المادة 489 مدنى .

الفـرـع الثـانـي

آثار الاجازة

لقد سبق القول : بأن الاجازة تعتبر تصرفاً قانونياً فردياً، ولذلك فانها لا تلزم الا الطرف الذى صدرت عنه، ولا يمكن أن تمس حقوق الغير، وسنوضح أثرها فيما بين أطراف التصرف، ثم بالنسبة الى الغير .

أولاً : أثر الاجازة فيما بين أطراف التصرف :

ان للاجازة فيما بين أطراف التصرف المميّز أثراً تثبتيّاً، أى أنه يفترض في التصرف المجاز وكأنه قد نشأ صحيحاً تامّ التكوين منذ لحظة اجرائه . ولذلك فان المقرر في هذا الصدد هو أن الطرف الذى كانت ارادته مميّة فانه متى أجاز التصرف المميّز لن يكون بإمكانه أن يرفع دعوى ابطال هذا التصرف ثانية، أو أن يلجأ الى استعمال وسيلة الدفع بالبطلان متى طالبه الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته، وهذا ما قصده المشرع في المادة 100 مدنى بقوله " يزول حق ابطال العقد بالاجازة الصريحة أو الضمنية " .

و اذا كان هذا هو الأمر بالنسبة الى آثار الاجازة، فان هناك تساؤلين قد ظهرّا بهذه الصدد، موحاهما البحث عما اذا كان يمكن أن تكون الاجازة مجزأة، ثم ما مدى امكان تعليقها على شرط ؟

فأما بالنسبة الى التساؤل الأول، فالمقرر أن الاجازة قد تكون جزئية فقط، وصوره ذلك أن تلحق ارادة أحد الطرفين عدة عيوب، فيتنازل عن عيب منها دون بقية الصيوب الأخرى، أى أن ارادة أحد طرفي عقد بيع مثلاً قد يلحقهما غلط في جوهر الشيء، وفي نفس الوقت يكون ضحية اكراه، فاذا تنازل عن حق الابطال بالنسبة الى الغلط، فلان هذا التنازل لا يعدم حقه في التمسك بالابطال بسبب الاكراه الذى تعرض له (1).

.../... من قانون التوثيق المذكور بالمتن .

(1) الدكتور أنور سلطان / النظرية العامة للالتزام، ج 1، المرجع السابق، بند 236، ص 281.

وأما بالنسبة إلى التساؤل الثاني ، فإن الفقه لا يمانع في أن تكون الإجازة ملققة على شرطه ، وفي هذه الحالة يقرر أن الأثر التنازلي للإجازة لا يترتب إلا بتحقيق هذا الشرط⁽¹⁾.

ثانياً : أثر الإجازة بالنسبة إلى الغير :

إن المقرر في هذا الصدد هو أنه إذا كانت الإجازة تنتج آثارها فيما بين طرفي التصرف وتؤدي إلى تثبيت دعائمه منذ لحظة اجرائه بحيث تزيل خطر الإبطال الذي كان يهدده ، فتسقط بذلك حق من قرر الإبطال لمصلحته في التمسك بهذا البطلان فيما بعده ، سواء عن طريق دعوى أصلية ، أو في صورة دفع في دعوى مرفوعة ضده ، فإن هذا الأثر يبقى موهوباً طبقاً لحكم المادة 100 مدني بضرورة عدم مساس الإجازة بالحالة بمصالح الغير ، يستوى في ذلك أن يكون الغير قد تلقى الحق قبل صدور إجازة التصرف أم بعد⁽²⁾.

ولعل السبب الذي دعا إلى وضع هذه القاعدة المتمثلة في عدم مساس الإجازة بحقوق الغير ، يمكن تفسيره بأمرين ، أولهما : أن الإجازة تمتنع من الناحية القانونية تنازلاً فردياً عن دعوى البطلان ، أي تصرفاً صادراً من شاب إرادته عيب من عيوب الإرادة المقررة ، وليس من الموقوف أن يكون من شأن هذا التصرف الفردي المساس بحقوق الغير الذين لم يلعبوا أي دور إيجابي فيها . وثانيهما : أن عدم السماح للإجازة بالمساس بحقوق الغير يعتبر دعامة من دعائم تحقيق المبدأ الذي يقضي بضرورة استقرار المعاملات وباحتياجات حسن النية .

على أنه إذا كان المقرر هو ضرورة عدم مساس الإجازة بحقوق الغير ، فإن الأمر يتطلب منا تحديد المراد بالغير الذين قصد المشرع حمايتهم من الأثر الرجعي للإجازة .

وإجراء هذا التحديد يتطلب منا القيام بتفرقة أولية بين من يعتبرون من قبل الغير الحقيقيين "و" الغير" الذين قصدهم المشرع في المادة 100 مدني .

فالغير بمعناه الحقيقي هو في الأصل كل من ليس طرفاً في العقد ، لأن العقد لا ينتج أثراً في مواجهة ، ومن ثم "فإن الإجازة لا تلحق أي ضرر بمصالحه"⁽³⁾.

(1) كوتيرييه / رسالته المرجع السابق ، بند 55 ، ص 39 ، وهو نفس الاتجاه الذي يقرره الفقيه

لوران في مطلقه / جادى ، القانون المدني الفرنسي ، الجزء 18 ، بند 656 .

(2) بلانيول وريبير / إسحاق / المطول النظري والمعلي ، المرجع السابق ، ج 6 ، بند 309 ، ص 393 ، وكوتيرييه / رسالته ، بند 100 ، ص 70 .

(3) ويستثنى من ذلك الغير الذي يستفيد من العقد دون أن يكون طرفاً في إبرامه ، وتشمل هذه الصورة في حالة الاشتراط لمصلحة الغير ، فالمنتفع يستفيد من العقد ويعتبر دائئاً رغم كونه أجنبياً عن العقد ، إلا أنه لا يمكن أن يكون مدنياً عنه . مازو / المرجع السابق ، بند 756 ، ص 740 .

وأما الغير الذي يستفاد من المادة 1338³ فله مدلول خاص، وقد ورد نص مماثل في التقنين المدني الفرنسي إذ جاء في المادة 1338/3 "... أن "الاجازة... تؤول إلى التنازل عن الوسائل والدفع التي كان من الممكن الاعتراض بها على التصرف دون مساس بحقوق الغير". وقد أورد الفقه الفرنسي تصرفات شتى بشأنها خاصة في تحديد "الغير"، فذهب فريق إلى أن المراد بالغير هو "الخلف الخاص"، لأن الاجازة قد تمس مصالحه، ومن ثم أخرج من نطاق الغير كلا من الخلف العام إذ أنه ملزم باحترام كفاية تصرفات سلفه، والدائن المادي ما لم يثبت أن المدين قد قصد الأضرار بمصلحه من جراء التصرف الذي أبرمته" (1).

في حين يذهب فريق آخر إلى أن المقصود بالغير هو الشخص الذي يبرم عقداً مع شخص آخر على أن يكون هذا الأخير قد أجرى - فيما قبل - تصرفاً قابلاً للإبطال، لا زال حقه في طلب الإبطال ثابتاً له إن شاء استعمله وإن شاء تنازل عنه صراحة أو ضمناً (2). ويتضح مما سبق أن مفهوم "الغير" ينصرف إلى الخلف الخاص، وتمشياً مع هذا الاتجاه، نرى مع الدكتور أنور سلطان أن الغير هو "كل من اكتسب حقاً على المين موضوع المقعد" (3).

وقد ظهرت في الفقه أربع صور لحالة حماية مصالح الغير وفق نص المادة 100 مدني جزائري.

الصورة الأولى : مضمونها أن قاصراً باع عقاراً، ثم بعد بلوغه سن الرشد رتب حق رهن رسمي على نفس العقار، وعلى أثره أجاز عقد البيع الذي أبرمه حين كان قاصراً، فما مصير هذا الرهن ؟ وهل ينفذ في مواجهة المشتري أم لا ؟
يجيب الفقه على هذا التساؤل بـ إبرائيم :

الرأي الأول : يذهب بعض الفقه الفرنسي في تحليله للفقرة الثالثة من المادة 1338 مدني فرنسي، إلى أن الاجازة تنتج آثارها "دون مساس بحقوق الغير". وأن الغير - في هذه الحالة - هو من تصرف إليه القاصر بمقد رهن، وينتقل إليه - تبعاً لذلك - الحق

(1) مازو / المرجع السابق، بند 314، ص 259.

(2) كولان وكابيتان / المرجع السابق، بند 772، ص 435، وفي هذا المفهوم : مارتني ورينو / المرجع السابق، بند 203، ص 185.

(3) الدكتور أنور سلطان / المرجع السابق، بند 230، ص 274.

في التمسك ببطلان عقد البيع لأن حق الدائن المرتهن أصبح مرتبطاً به، وبذلك فمسئلتان الدائن المرتهن قد انتقل إليه بمقتضى عقد الرهن حق طلب الإبطال أو التنازل عنه سواء بالاجازة أو السكوت، فإذا ما صدرت الاجازة من البائع الأصلي فإنها تكون - حينئذ - قد صدرت ممن لم يعد يملكها⁽¹⁾ وترتباً على ذلك فإن الدائن المرتهن لا يضارب بالاجازة و تنتقل العين إلى المشتري مثقلة بحق الرهن المقرر ضماناً لحقه.

وأيد هذا الاتجاه الدكتور السنيهوري وهو يصدد تحليله للمادة 193 (2) مدني مصري، التي تطابق المادة 1338 مدني فرنسي الآتفة الذكر، إذ قرر أن اجازة البيع من طرف القاصر بعد بلوغه سن الرشد في هذه الحالة "لا تضر الدائن المرتهن (1 ذ) تنتقل العين إلى المشتري مثقلة بحق الرهن"⁽²⁾.

الرأي الثاني: يذهب أنصاره إلى عكس ما يقول به الرأي الأول، إذ يقررون أن البيع الصادر من القاصر صحيح حتى يتقرر إبطاله، ولذلك فبتوافر شروط انتقال الملكية خاصة إذا توافر شرط التوثيق والشهر، فإنها تنتقل إلى المشتري، أما التصرف اللاحق المتمثل في الرهن الصادر من القاصر بعد بلوغه سن الرشد فيكون صادراً من غير مالك، ومن ثم فلا يسرى في حق المالك الجديد (أي المشتري). ومفاد هذا الرأي أن اجازة القاصر بعد بلوغه سن الرشد للبيع لا تمنح حقوق المشتري، ومن ثم تنتقل العين إلى هذا الأخير نهائياً خالية من الرهن⁽³⁾ ذلك أن قيام البائع بعملية رهن العقار البيع يعتبر تصرفاً قانونياً يثبت للمشتري وليس للبائع، بل إن هذا العمل منه يعد اختلالاً بالتزامه بالضمان يعطي المشتري الحق في الرجوع عليه بدعوى الضمان⁽⁴⁾.

(1) مارتى و رينو / المرجع السابق، بند 203، ص 185.

(2) الدكتور السنيهوري / الوسيط، ج 1، المرجع السابق، بند 318، ص 570، هامش رقم (5)، وفي هذا الاتجاه الدكتور أنور سلطان / المرجع السابق، بند 230، ص 274.

(3) بلانيول و ريبير / المجلد الأول في القانون المدني الفرنسي، ج 2، باريس 1937، ص 489، هامش (1). PLANIOL (Marcel) et RIPERT (Georges), traité élémentaire de droit civil français, tome II, Paris 1937.

ويراجع في هذا المعنى أيضاً، الدكتور سليمان مرقس / عقد البيع، المرجع السابق، ص 315، والدكتور عبد المنعم فراج الصده / محاضرات القاهرة بمعهد الدراسات العربية على طلبة الدراسات العليا، طبعها المعهد تحت عنوان "نظرية العقد في قوانين الدول العربية" 1959، ج 2، ص 85.

(4) الدكتور علي علي سليمان / الحقوق المدنية الأصلية و التهمية، المرجع السابق، ص 407.

وأمام هـ ذين الاتجاهاين.
الفقهيين المختلفين فاني أحبذ أن يفسر القضاء الجزائري عبارة "الغير" الواردة في المادة 100 مدني جزائري على ضوء الرأي الأخير، لأن الأصل في العقد القابل للإبطال أنه عقد صحيح منتج لكل آثاره القانونية منذ إبرامه طالما أنه لم يتقرر إبطاله، ومن ثم، فإن أي تصرف لاحق يصدر من القاصر - في هذه الحالة - يعتبر تصرفاً في ملك الغير، وذلك لأن الإجازة لا تضيف شيئاً جديداً إلى العقد، وكل ما تفيد به هو أن من له حق الإبطال قد تنازل عنه. وترتباً على ذلك، فإنه لا يجوز تفسير هذا الرهن على أنه قرينة على عدم إجازة البيع أو إبطال له كما يرى ذلك بعض الفقه (1) لأن "الإبطال لا يتقرر إلا بالاتفاق أو بحكم القضاء" (2) وأنه قبل تقريره يبقى العقد صحيحاً ومنتجاً لآثاره، شأنه في ذلك شأن العقد الصحيح.

ولكن إذا كان اعتماد هذا الرأي من شأنه أن يؤدي إلى انتقال المين إلى المشتري خالصة من الرهن، فما هو الحكم بالنسبة إلى الدائن المرتهن؟

إننا نرى في مثل هذه الحالة ضرورة تخويل الدائن المرتهن حق الرجوع على القاصر الذي قام بإجازة البيع، لأن صدور الإجازة عنه ينطوي مما لا شك فيه على إضرار بحقوق هذا الدائن المرتهن خاصة إذا كان هذا الأخير حسن النية. كما أنه بالنسبة إلى المشتري يعتبر اختلالاً بالتزامه القائم على أساس ضمان تعرضه الشخصي (3).

الصورة الثانية: وضمنها أن العقد قاصر رهناً رسمياً بصفته مدنياً مخالفاً بذلك ما تقتضي به القواعد العامة من أنه لا يجوز للقاصر أن يقوم بتصرف ضار به ضرراً محضاً، وبعد بلوغه سن الرشد يبيع العقار المرهون بيعاً صحيحاً، ثم يجيز الرهن بعد ذلك، فما حكم هذه الإجازة؟ وهل تنفذ في مواجهة المشتري؟

يرى بعض الفقه أن هذه الإجازة بما أنها تمنح حق المشتري المتمصرف إليه بالبيع فإنها لا تسري في مواجهته لأن الملكية تكون قد انتقلت إليه بالبيع، ويكون المتمصرف بذلك البيع قد تنازل عن حقه في الإجازة (أو عن طلب الإبطال) وأصبحت من حق المشتري، فإذا ما صدرت الإجازة من المدين الراعي فتكون - حينئذ - صادرة من غير مالك (4).

(1) الدكتور حشمت أبو ستيت/ نظرية الالتزام، الكتاب الأول، الطبعة الثانية 1954 ص 254.

(2) الدكتور فرج الصدة/ نظرية العقد في قوانين الدول العربية، المرجع السابق، ص 85.

(3) الدكتور سليمان مرقس/ عقد البيع، المرجع السابق، ص 316.

(4) الدكتور السنهوري/ الوسيط، ج 10، التأمينات الشخصية والعينية، طبع القاهرة 1970، بند 150، ص 337، 339، ومازور/ المرجع السابق، بند 314، ص 259، وكولان وكابيتان/ المرجع السابق، بند 772، ص 435.

ونحن نرى أن هذا الرأي لا يتماشى مع منطق الاجازة، لأن عقد الرهن المبرم من طرف القاصر هو عقد صحيح منتج لآثاره القانونية طالما أنه لم يصدر حكم بإبطاله، وأن الاجازة لا تزيد عن كونها عملية تثبت للمقد المبرم بصفة نهائية، أي جملة بمناى عن أى خطر كسب يهدده. وترتبطا على ذلك، فإن عقد الرهن المبرم من طرف القاصر - في هذه الصورة - هو عقد صحيح منتج لآثاره القانونية فإذا لم يصدر حكم بإبطاله وقام القاصر بعد بلوغه سن الرشد ببيع المقار موضوع الرهن فإن البيع يكون صحيحا وينتقل المقار الى المشتري مثقالا بهذا الرهن، وهذا الرأي يجد مستنده عند أستاذنا الدكتور علي سليمان إذ أورد في محضرته أنه "إذا بيع المقار المرهون انتقل الدين المضمون بالرهن الى المشتري (الحائز) ويكون للمرتهن حق تتبع المقار بين يدي الحائز". (1)

وبناء على ذلك، فإن عقد الرهن ما دام قائما منتجا لآثاره فيترتب عليه انتقال المين الى المشتري مثقلة بحق الرهن.

الصورة الثالثة: إذا رتب القاصر رهنا على عقاره وقبل اجازته وبعد بلوغه سن الرشد رتب رهنا ثانيا على نفس المقار ثم أجاز الرهن الأول، فما مصير حق الدائنين المرتهن الثاني؟ هل ينفذ الرهن الأول المجاز في مواجهته، أو تكون له الأولوية في استيفاء دينه؟

لقد سبق أن أثبتت هذه المسألة في فرنسا بصدد تفسير المادة 1338 مدني فرنسي، كما أثبتت في الفقه المصري وهو بصدد تحليله للمادة 139/2 مدني مصري، وقد ورد نص مماثل لهما في القانون المدني الجزائري في المادة 100/2 وتفرق الفقه بشأن تفسير هذه النصوص المتماثلة الى فريقين:

فأما الفريق الأول: وينضم غالبية الفقهاء، فيرى أنصاره (2) - طبقا للحكم المشترك الوارد بالمواد المذكورة أعلاه - أنه يكون للاجازة أثر رجعي يرتد الى يوم اجراء الرهن الأول، ويمتثل هذا الرهن بذلك سابقا على الرهن الثاني، ومن ثم تكون له المرتبة الأولى، أما الدائن المرتهن الثاني فإنه إذا ابتغى حماية حقوقه فلا يكون له من سبيل

(1) الدكتور علي علي سليمان / المحاضرة المشار اليها، بند 29، ص 34، ومو. لفه نسي الحقوق المدنية الأصلية والتبعية، المرجع السابق، ص 407.

(2) من أنصار هذا الرأي، الدكتور سليمان مرقس / التأمينات المدنية، طبع 1959، بند 19، ص 26، والدكتور أحمد سلامة / التأمينات المدنية، ص 84 وما بعدها.

سوى الطعن في الاجازة الصادرة عن مدينه لصالح الدائن المرتهن الأول عسى طريق استعماله للدعوى البولصية وتمسكه بسقوط الأجل اعمالاً للهدأ العام الذي يقضي بسقوط الأجل اذا "أنقص (المدين) بفعله الى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص، ولو كان هذا التأمين قد أعطى بمقد لاحق، أو بمقتضى القانون. هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين" (المادة 1188 مدني فرنسي، والمادة 273/2 مدني مصري، والمادة 211/2 مدني جزائري).

على أن هذا التحليل قد انتقد من طرف بعض الفقه الذي يرى ضرورة استبعاد ه فهو يرى أنه لا يقصد بضرورة عدم استمرار الاجازة بحقوق الغير أن يكون للدائن المرتهن الثاني الحق في الطعن بالدعوى البولصية أو التمسك بسقوط الأجل لأن الدائن المرتهن الثاني حين تصافه مع المدين كان على علم بوجود الرهن الأول، وأن هذا الرهن صحيح ولم يتقرر ابطاله. كما أن اجازة المدين للرهن الأول لا تضرب بالدائن المرتهن الثاني، لأنها لا تتضمن الزيادة في مقدار الرهن الأول، بل تعمل على تثبيت دعائمه وجعله بمنأى عن الابطال الذي كان يتهده ه فقط. (1)

و انطلاقاً من هذا التحليل، فإن هذا الفريق من الفقه يرى أن الدائن المرتهن الثاني يكون له قبل صدور الاجازة من المدين الراهن الحق في رفع الدعوى غير المباشرة يطالب بها بابطال الرهن الأول نيابة عن المدين الراهن فقط، أما اذا حصلت الاجازة فانسه لن يكون من حقه رفع الدعوى البولصية، إذ أنه ما دام لم يطعن في الرهن الأول عسى طريق الدعوى غير المباشرة يكون قد أنبا عن أن الرهن الأول لا يضر بمصالحه، وفضلاً عن ذلك، فإن الدعوى البولصية تفترض اعسار المدين أو قيامه بتصرف من شأنه أن يزيد فسي اعساره، في حين أن اجازة الرهن الأول لا تتضمن شيئاً من ذلك، لأن الرهن الأول كان يفترض فيه أنه صحيح ومنتج لآثاره طالما أنه لم يقض ببطلانه، وباجازة المدين الراهن لهذا الرهن فإنه لا يضيف اليه عنصراً جديداً. كما أنه لا يكون من حقه التمسك بسقوط الأجل، ذلك لأن المدين الراهن باجازته الرهن الأول لم يضعف الرهن الثاني لأن هذا الرهن الأخير قد عقد بعد وقت لاحق لانقضاء الرهن الأول.

و ترتباً على ذلك، فإن هذا الفريق من الفقه يرى أنه طالما أن الدائن المرتهن الثاني لم يقم بطلب ابطال الرهن الأول عن طريق الدعوى غير المباشرة قبل اجازة المدين الراهن

(1) ومن هؤلاء الدكتور علي هلي سليمان، /شرح القانون المدني الليبي، الحقوق المدنية الأصلية والتجعية، المرجع السابق، ص 405-406.

لهذا الرهن فانه يتمين تفضيل الدائن المرتبه الأول على الدائن المرتبه الثاني (1)

وأما الفريق الثاني : فيذهب - على خلاف الرأي الأول - الى تفضيل الدائن المرتبه الثاني ، وسنده في ذلك أن قيام المدين الراهن بمقد رهن ثان دليل ضمني على عسدم اجازة المدين للرهن الأول ، فان أراد الدائن المرتبه الأول حماية حقوقه فيكون من حقه الطعن في تصرف مدينه بالرهن الثاني بطريق الدعوى البولصية وان يتمسك بمبدأ سقوط الأجل (2)

على أن هذا الرأي قد انتقد بشدة ، وبحق ، ذلك أن التمسك بإبطال العقد كهدأ عام لا يتم الا قضاء أو باتفاق الطرفين ، ولا يمكن أن يكون ضميا كما هي الحال بالنسبة الى الاجازة التي يمكن أن تكون صريحة أو ضمنية ، وفضلا عن ذلك فان المقرر هو أن نفس المين قد تكون محلا لمدة رهون ، وان كانت هذه الرهون تتفاوت من حيث المرتبة ، ومن ثم فلا يمكن القول : ان اجراء رهن ثان على نفس المين يعتبر ابطالا للرهن الأول السابق على هذه المين (3)

ونحن من جانبنا نؤيد الرأي الأول ، ذلك لأن الأصل - كما رأينا أن العقد القابل للإبطال هو عقد صحيح منتج لآثاره القانونية ويبقى كذلك طالما أنه لم يقضى بإبطاله ، فان أجيز ، فان الاجازة ما هي الا وسيلة لتحصيل هذا العقد من خطر البطلان بحيث تثبت دعائه فحسب ، كما أن المقرر هو أن نفس المين قد تكون محلا لمدة رهون ، ونفسه قد لا يتمكن أحد الدائنين المرتبين من الحصول على حقه كاملا أو من الحصول عليه كلية ، ولكن تلك مسألة أخرى متعلقة بترتيب الدائنين ولا علاقة لها بصحة الرهون .

وبصدد الموازنة بين اعطاء الدائن المرتبه الثاني حق رفع دعوى بولصية أو دعوى غير مباشرة ، فاننا نؤيد الاتجاه الثاني ، ذلك أن الدعوى البولصية تفترض أن التصرف ضار بالدائن ، ومن شأنه أن يزيد في عناصر ذمته المالية من الناحية السلبية ، وهو تصور لا يمكن اعتماده بصدد القضية التي نتناولها ، لأن المفروض - كما أسلفنا - أن الرهن الأول

(1) الدكتور علي علي سليمان / المرجع السابق ، ص 406 .

(2) ومن هو لا : الأستاذان بلانيول وريبير / المطول النظري والملي في القانون المدني ، ج 12 ، بند 405 ، ص 440 .

(3) في هذا النقد ، الدكتور علي علي سليمان / الحقوق الصينية الأصلية والتهمينة ، المرجع السابق ، ص 406 .

صحيح طالما أنه لم يقتض بطلانه ، وان الدائن المرتهن الثاني يكون رهنة لاحقا للرهن الأول ، فكيف يمكنه ان يتمسك بالدعوى البوصلية ؟ ولذلك فان الدعوى الوحيدة التي يمكن اعتمادها هي الدعوى غير المباشرة وليس ذلك منا الا تأكيداً لما سبق ان أوضحناه من ان حق الابطال لا يقتصر على الشخص الذي ابتغى المشرع حمايته ، بل ينصرف ليشمل طائفة أخرى من الأشخاص يدخل من بينهم الدائن الذي يستخدم الدعوى غير المباشرة ⁽¹⁾ مع ملاحظة ان حق استعمال هذه الدعوى يتمين ان يمارس قبل صدور الاجازة ، لأنه بصدورها يكون التصرف قد تحصن أو يكون عيب الابطال قد اختفى .

الصورة الرابعة : تقوم على أساس الافتراض التالي : لو أن قاصراً اشترى عقاراً ، وفي تاريخ لاحق لأبرام عقد البيع ، قام البائع بترتيب حق رهن رسمي على هذا المقار بدون مراعاة للمقد القابل للابطال الذي أبرمه مع القاصر ، فإذا قام القاصر (المشتري) عند بلوغه سن الرشد باجازة عقد البيع الذي كان قد أجراه ، فإن هذه الاجازة تعدر حق الدائن المرتهن . ويرر بعض الفقه ذلك بقوله : ان الدائن المرتهن حينما أبرم عقداً مع طرف غير مالك وليس من حقه التمسك بدعوى الابطال ، فإنه لم يكتسب أى حق يمكن بمقتضاه أن يدفع التمسك بطلب الابطال ⁽²⁾ .

البحث الثاني

الاجازة في الفقه الاسلامي

نتناول تحليل هذا البحث في مطلبين : أولهما نمقده ، لتعريف الاجازة وبيان شروط اعمالها ، وثانيهما نخصصه لوسيلة التعبير عنها وبيان حكمها .

المطلب الأول

تعريف الاجازة وشروط صحتها

الفصل الأول

تعريف الاجازة ، وتحديد مجالها

تعرف الاجازة من طرف فقهاء الشريعة الاسلامية بانها تصرف انفرادي يصدر عن

(1) يراجع ما سبق ص 421 من هذه الرسالة ، الفقرة المتعلقة ببيان الأشخاص الذين يحق لهم التمسك بالاطالان النسبي .

(2) كولان وكابيتان / المرجع السابق ، بند 772 ، ص 435 .

صاحب الحق فيه بمقتضاه يقرر هذا الأخير الإبقاء على التصرف القانوني أو المادي الذي كان موقوف النفاذ في جانبه ، أي أن هذا التصرف بإجازته يصبح مستقرا بأثر رجعي أي إلى لحظة انشائه (1)

و اذن ، فالإجازة في الفقه الاسلامي تعتبر تصرفا انفراديا وليست تصرفا تبادليا أو من الجانبين ، اذ يكفي ان تصدر من منحه الشارع هذا الحق لترتب آثارها المقصودة منها ، ومن هنا يتمين تأييد ما استقر عليه الفقه من ان الإجازة تعتبر في حقيقتها تنازلا عن الحق في طلب الإبطال من طرف من منحه الشارع هذا الحق .

أما مجال اعمالها فيحدد بالتصرفات الموقوفة ، والتصرفات اللازمة التي اقترنت بأحد الخيارات فصارت بها غير لازمة . أما التصرفات المفسوخة (2) والباطلة فلا يمكن أن تكون محلا للإجازة لانها في مرتبة المدم ، ولا يمكن للإجازة ان تخلق من المدم وجودا .

الفرع الثاني

شروط صحة الإجازة

يشترط جمهور الفقهاء (3) لصحة الإجازة ان تتوافر فيها الشروط التالية :

الشرط الأول : وجود طرفي التصرف وقت انشائه ووقت إجازته :

لكي ترتب الإجازة آثارها الشرعية ، يجب أن يتواجد طرفا التصرف الذي يكون محلا للإجازة وقت انشائه ووقت إجازته . ويترتب على هذا الشرط ان المجيز يجب ان يكون موجودا وقت إبرام التصرف الأصلي لأن وجوده وقت إبرامه يسمح له بإجازته في الحال أو بعد ذلك ، فان انعدم المجيز لحظة إبرام التصرف فلا مجال للحديث عن الإجازة .

(1) الكاساني / بدائع الصنائع ج 5 ص 151 ، أشار اليه الدكتور عبد الرزاق حسن فيج في رسالته " نظرية العقد الموقوف " ، المرجع السابق ص 202 ، المتن ، والهامش رقم (1) .

(2) وان كان بعض الامامية قد قالوا بجواز ورود الإجازة على التصرفات التي تم ردها ، أورده الدكتور عبد السلام الحكي / عقد الفضولي ص 120 - 121 ، أشار اليه فني مؤلف الدكتور محمد الألفي / الفضالة ، الجزء 1 ، ص 1981 ، ص 122 المتن والهامش 15 .

(3) ومن هو " الأستاذ : علي الخفيف / مختصر أحكام المعاملات ، القاهرة 1949 ، ص 125 ، والدكتور محمد الألفي / الفضالة ، المرجع السابق ص 121 ، وما بعده ، والدكتور عبد الرزاق حسن فيج / المرجع السابق ، ص 202 وما بعده ، ص 223 وما بعده .

وتطبيقاً لذلك فإذا باع فضولي مال شخص بالغ بدون علمه ، فإن هذا التصرف ينشأ متوقفاً على إجازة المالك الحقيقي ، لأن المالك كأن يملك حق إجراء هذا التصرف بنفسه وقت الانشاء ، أما إذا كان المالك للمال الصبي قاصراً فإن البيع لا ينمق أصلاً لأن الصبي لم يكن بإمكانه إجراء هذا البيع بنفسه لحظة إجراءه ، ومن ثم لا يمكن أن يكون هذا البيع محلاً للإجازة ، لانعدام الجيز له حين إبرامه (1).

والمقرر في هذا المبدأ لدى فقهاء الاحناف هو أنه لا يكفي أن يكون المجيز موجوداً وقت إجراء التصرف بل يشترط أيضاً أن يكون المجيز موجوداً وقت إجراء الإجازة ، فلو حدث أن مات المجيز قبل صدور الإجازة عنه فإن حق الإجازة لا ينتقل إلى ورثته .

على أن فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة لا يقولون بهذا الشرط ، إذ يكفي عندهم في إطار الحقوق المتعلقة بالمال إجازة الورثة لأن مثل هذه الحقوق يمكن أن تنتقل إلى هؤلاء ، ولذلك فإنهم يحطون للوارث الحق في أن يحل محل المورث في إجازة التصرف بالنسبة إلى المال الذي انتقل إليه والذي كان حق الإجازة مقرراً بصدده لمورثه (2).

على أنه إذا تعلق الأمر بعقد زواج ، فإنه يشترط قيام الزوجين فقط حين صدور الإجازة لأنهما الوحيدان اللذان تشملهما أحكام الزواج ، أما الفضولي الذي تولى إبرام عقد الزواج باسم أحد الزوجين فلا ضرر من فقدّه وقت صدور الإجازة لأن عقد الزواج لا يرتب في ذمته أي التزام (3).

الشرط الثاني : صدور الإجازة من له ولاية انشاء التصرف :

ومفاد هذا الشرط أن الإجازة إذا صدرت ممن لا يملكها شرعاً فإنها لا تنتج آثارها الشرعية ، وصورة ذلك أن يتصرف فضولي في مال صبي يكون قد عين له وصي ، ففي مثل هذا الفرض ، إذا أجاز القاضي هذا التصرف فإنه لا تكون لإجازته أية قيمة شرعية ، أما إذا أجاز من طرف الوصي فإن التصرف الذي أجراه الفضولي يصير نافذاً ويرتب كل آثاره الشرعية لأن الإجازة تكون قد صدرت - حينئذ - ممن له ولاية انشاءها .

- (1) يراجع في تفاصيل هذا الموضوع مؤلف الأستاذ : عبد الهادي الحكيم / عقد الفضولي (طبع بغداد 1969 على الآلة الكاتبة ، ص 144) ، وأشار إليه في رسالة الدكتور محمد الألفي / المرجع السابق ، ص 121 - . وفي المحققين ، والهامشين رقم : 6 و 7 ص 122 ، وإن كان أكثر الأمامية ومحقق فقهاء الحنابلة لا يتطلبون مثل هذا الشرط ، إذ ذهبوا إلى عدم اشتراط صدور الإجازة ممن يملكها حين إجراء التصرف ، وبناءً على ذلك ، فقد قرروا أنه إذا باع الفضولي مال الصغير ، وبلغ الصبي ثم أجاز هذا البيع فإن عقد البيع يصح .
- (2) الدكتور محمد الألفي / الفضالة ، المرجع السابق ، ص 122 .
- (3) الدكتور عبد الرازق حسن فتح / المرجع السابق ، ص 217 .

الشرط الثالث : قيام التصرف موضوع الاجازة وقت صدورها :

ولكي ترتب الاجازة آثارها الشرعية فانه يشترط في محلها أن يكون موجودا وقت صدورها والا بطل التصرف وذلك ان الاجازة كما يقرر جمهور الفقهاء "تؤدى " حكم الانشاء " وبها تترتب الأحكام " فلا بد من وجود محل يظهر فيه الحكم " (1) وترتبا على ذلك ففي اطار عقد بيع ملك الغير مثلا ، يشترط لصحة الاجازة أن يكون المبيع موجودا حين صدورها فان هلك المبيع قبل صدورها فلا تصح ، ومن ثم لا يصح البيع (2) وهو نفس الحكم الذى أقرته مجلة الأحكام المدلية في المادة 378 اذ نصت على أنه " ... يشترط لصحة الاجازة أن يكون كل من البائع والمشتري ، والمجيز والمبيع قائما ، فاذا كان أحد المذكورين هالكا ، فلا تصح الاجازة " .

المطلب الثانى

التعبير عن الاجازة وحكمها

الفروع الأولى

وسيلة التعبير عن الاجازة في الفقه الاسلامي

لقد سبق القول بأن الاجازة تصرف انفرادى ، ومن ثم يمكن التعبير عنها بكل الوسائل المحددة للتعبير عن الارادة كاللفظ ، والكتابة ، والاشارة الفهمة ، والفعل ، والسكوت ، وتناولها بشي من البيان فيما يلي :

(1) اللفظ : هو أهم وسيلة للتعبير عن الارادة ، ويمكن ان يكون باللفظ الصريح كقول من يتمتع بحق الاجازة " أجزت البيع " أو " قبلته " أو " رضيت به " كما أنه قد يكون ضميا كقيام المالك الحقيقي بطلب أو بتسلم الثمن من الفضولي أو من المشتري . هذا ، وتجدر الاشارة الى أنه اذا كان التعبير عن الاجازة غير صريح وكان يحتمل عدة معان فان تفسير هذا التعبير وتحديد ما اذا كان يتضمن الاجازة أو يستبعد لها يبقى خاضعا لتقدير القاضي الذى يسترشد في تحديده للمعنى المقصود بالأعبراف المحلية والظروف الخاصة بكل قضية . (3)

(1) وان كان الأحناف لا يؤيدون جمهور الفقهاء في ذلك ، فراجع ما سيأتى ص 458 من هذه الرسالة .

(2) الدكتور السنهوري ، / مصادر الحق ج 4 ، المرجع السابق ، ص 192 .

(3) الدكتور محمد الألفي / الفضالة ، المرجع السابق ، ص 128 .

(2) الكتابة: الكتابة كوسيلة للتعبير يقسمها الفقهاء المسلمون الى ثلاثة أنواع:

النوع الأول تكون الكتابة فيه غير مستبينة وهي التي لم يبق لها أي أثر مادي بعد الانتهاء منها كمن يكتب في الهواء، فمما لا شك فيه أن هذه الكتابة لا يمكن قراءتها من طرف عامة الناس ولا يمكن فهم الدرد منها، ومن ثم فإن هذا النوع من الكتابة كوسيلة للتعبير بها عن الإرادة لا وزن له في الفقه الإسلامي لأن المقرر في هذا الصدد هو "أن ما لا يستبين به الحروف لا يسمى كتابة فكان ملحقاً بالصدمة".⁽¹⁾

النوع الثاني من الكتابة كوسيلة للتعبير عن الإرادة قد تكون مستبينة وهي الكتابة التي يبقى لها أثر بعد الانتهاء منها ويمكن قراءتها. والمقرر في هذا الصدد أن هذا النوع من الكتابة لا يمكن اعتباره أداة للتعاقد فيما بين الحاضرين خاصة في عقد الزواج لأن اعتمادها قد يراد به التعبير عن الإرادة كما قد يقصد به تجويد الخط وتحسينه فقط، في حين أن أهم عنصر في هذا العقد هو النية⁽²⁾ أما في غير عقد الزواج فإن المالكية والحنابلة لا يرون مانعاً من اتخاذها وسيلة للتعاقد بين الحاضرين دون قيد أو شرط، في حين يعتبرها الأحناف والشافعية من قبيل الوسيلة الاحتياطية فقط، أي لا تقوم مقام اللفظ إلا إذا حال عارض دون هذا الأخير⁽³⁾ أما إذا تمت الكتابة المستبينة فيما بين غائبين فإن أغلب الفقهاء يعتبرونها أداة كافية للتعاقد، على عكس أقلية من الفقهاء التي تصارح بقيام العقد أو إجازته بها⁽⁴⁾.

النوع الثالث تكون فيه الكتابة مرسومة، أي تتخذ شكل رسالة ومثالها أن يرسل المالك الحقيقي إلى المشتري من الفضولي رسالة يخبره بواسطتها أنه أجاز البيع الذي أجراه الفضولي لصالحه⁽⁵⁾.

(3) الإشارة: وبصدد ما إذا كان بإمكان المجيز التعبير عن الإجازة بالإشارة فقط، فإن المقرر لدى الفقهاء المسلمين هو أن إشارة الآخر تعتبر وسيلة أصلية للتعبير عن

(1) الدكتور وحيد الدين سوار / التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، طبع ديوان المطبوعات الجامعية بالجزائر 1979، ص 204 - 206.

(2) الدكتور وحيد الدين سوار / المرجع السابق، ص 207.

(3) في تفاصيل ذلك، وببعض للمراجع رسالة الدكتور محمد الألفي / المرجع السابق، ص 130.

(4) ومن قبيل الحجج التي يقدمها الفريق المعارض في إطار عقد البيع مثلاً لمنع هذا النوع من الكتابة أنه بإمكان كل من البائع والمشتري الغائبين أن يوكلوا من يحل محلهم بالقبول. يراجع الدكتور محمد الألفي / المرجع السابق، ص 131، المتن، والهامش رقم: 48.

(5) الدكتور محمد وحيد الدين سوار / التعبير عن الإرادة، المرجع السابق، ص 207.

ارادته . على ان الشخص اذا كان غير آخرس فان الفقهاء قد اختلفوا بصدده ما اذا كان يتمين الاعتداد باشارته أو لا . (1)

فالمالكية والحنابلة لا يفرقون بين اللفظ والاشارة ويرون أن كل لفظ أو اشارة متى فهم منها الإيجاب القبول يلزم أن ولكن الاحناف لا يقبلون من غير الأخرس كقاعدة عامة أن يعبر بغير اللفظ ، لأن الاشارة - في نظرهم - ليست بكلام ، ومن ثم فانها لا تحل محل اللفظ ، ويؤيدهم في هذا الاتجاه الشافعية إذ أنهم لا يعتمدون بالاشارة الصادرة عن كان قادرا على النطق ، لأن الاشارة - في نظرهم - لا تفيد اليقين الذي يفيد التعبير اللفظي .

(4) الفصل : وإذا كان التعبير عن الاجازة قد يتم بالقول فإنه قد يحصل بالفعل الدال عليها أيضا ، سواء كان هذا الفصل صريحا أو ضميا .

والمقرر لدى المالكية والحنابلة وأكثر الأحناف وبعض الشافعية هو الاعتراف بأثر الاجازة التي تتم بالفعل ، لأن القصد من الاجازة هو اظهار الرضا ، وليس هناك ما يمنع من التعبير عن هذا الرضا بالفعل . (2)

(5) السكوت : اذا كان الأصل المقرر في الشريعة الاسلامية هو انه " لا ينسب لساكت قول " ، فان المصلحة قد اقتضت أحيانا الخروج عن هذا المبدأ العام ، طبقا للقاعدة المستثناة " السكوت في معرض الحاجة بيان " .

وإذا كان هذا هو حكم السكوت في اطار انشاء التصرف فإن هذا الحكم يسرى في اطار الاجازة أيضا (3) إذ المقرر هو انه اذا كان السكوت الملا بس لا يقطع باتجاه ارادة الساكت الى اجازة التصرف الصادر باسمه ، فإن الفقهاء المسلمين أوردوا على ذلك قيودا ، ومن قبيل ذلك ما يقرره الفقه الحنفي من وجوب اعتبار سكوت المالك في بيع الفضولي اجازة في بعض الحالات اما بناء على المسرف ، واما منع الوقسوع الضرر ، وذلك كان تدفع امرأة لبيعها حين تجهيزها أشياء من ائمة الأب دون أن

(1) في تحليل آراء فقهاء المذاهب الأربعة ، وبيان المراجع المعتمدة ، يراجع الدكتور محمد الألفي / المرجع السابق ، ص 129 .

(2) لمزيد من الاطلاع على موقف المذاهب الأربعة ، يراجع الدكتور محمد الألفي / المرجع السابق ، ص 131 المتن والهامش من ص 50 الى ص 53 .

(3) الدكتور عبد الرازق حسن فنج / المرجع السابق ، ص 208 - 211 ، و الدكتور محمد الألفي / المرجع السابق ، ص 132 - 134 ، و المراجع المذكورة في هذين المرجعين .

يحرك ساكننا ، فإن هذا السكوت منه يمنعه من التمسك بحق الاسترداد ، وكما لو باع فضولي سلعة لا آخرو قبض المشتري البضاعة بحضور صاحب السلعة ، فإن سكوت هذا الأخير يعتبر رضا منه بالبيع الحاصل ، لأننا لو اعتبرنا سكوت المالك رفضا فسوف يلحق ضررا بالمصرف إليه .

كما أن المقرر في إطار الفقه المالكي أنه إذا كان المالك حاضرا وقت إبرام العقد ولم يبد أي اعتراض فإن سكوته يعتبر إجازة منه لهذا العقد ، فإن كان غير حاضر أعطى مدة سنة من تاريخ علمه بالبيع الحاصل ، فإن لم يبد إرادته خلا لها عد ذلك بمثابة قبول منه لهذا البيع .

أما المشهور لدى الحنابلة ، والمقرر لدى الشافعية فهو أن سكوت المالك الحاضر لا يمكن اعتباره إجازة منه ، لأن هذا السكوت لا يعتبر دلالة قاطعة على رضاه .

وباستقراء الآراء الفقهية يخلص لنا أن الأصل في الفقه الإسلامي هو أن السكوت ليس دليلا على الإجازة ، لأن الهدأ المأم " لا ينسب لسكوت قول " يبقى قائما ، غير أن السكوت قد يقترن بملاحظات تقو دليلا على الرضا كما إذا كانت هناك قرينة أو ظروف صاحبت التصرف ، يمكن منها استخلاص موافقة من أعطاه الشارع حق إجازة التصرف أو عدم إجازته ، وقس على تبني المشرع العراقي هذا الحكم فنعى في المادة 81 من القانون المدني على أنه " لا ينسب لسكوت قول ، ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان " .

الفرق الثاني

حكم الإجازة في الفقه الإسلامي

يقرر الفقهاء المسلمون أن " الإجازة في الانتهاء هي بمثابة الأذن في الابتداء " ، وأن " الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة " ، وهو نفس المعنى الذي أكدته المادة 396 من مرشد الجيران إذ نصت على أنه " إذا أجاز المالك بيع الفضولي الذي تصرف في ماله يغير إذ به إجازة معتبرة بالقول أو بالفعل تعتبر إجازته توكيلا له عنه في البيع . . . " .

ويترب على تطبيق هذه القاعدة في إطار التصرفات الموقوفة أن هذه التصرفات متى تمت إجازتها من صاحب الشأن تعتبر كأنها صدرت حين أجريت باسمه وتأخذ حكم التصرفات النافذة (1) .

(1) موسوعة جمال عبد الناصر / الجزء الثاني ، ص 333 .

وهذا يؤيد بنا الى القول مع جمهور الفقهاء بأن الاجازة تلعب دورا انشائيا على عكس فقهاء المذهب الحنفي الذين يميزون بين دورين للاجازة ، فهي في نظرهم تلعب أحيانا دورا كاشفا أي تجعل التصرف مستندا الى لحظة انشائه و أحيانا تلعب دور الانشاء أي يقتصر اثرها على وقت صدورها .

فاما التصرفات التي ترتب آثارها وقت صدور الاجازة فتتمثل فيما يلي :

(1) ليس للمتصرف اليه بمقد موقوف أن يتصرف فيه قبل صدور الاجازة من قسرت له شرعا ، و ترتبنا على ذلك ، فإذا تصرف فضولي في مال شخص بالغ لشخص آخر ، فإن المتصرف اليه لا يحق له أن يجري أي تصرف على هذا المال طالما أن اجازة البيع الأول لم تصدر من طرف المالك الحقيقي له (1) .

و يفسر الفقه هذه القاعدة بأنه اذا أجاز المالك الحقيقي للمال تصرف الفضولي الموقوف كانت اجازته ابطالا وردا لتصرف المشتري من الفضولي . . . استنادا الى القاعدة انه " اذا طرأ ملك بات على ملك موقوف أبطله . . . " (2) .

(2) اذا باع الفضولي شيئا مملوكا لغيره ، وأراد أن يطلب الشفعة في الشيء الذي باعه ، فإن هذا الطلب في رأى محمد (صاحب أبي حنيفة) يجب ان يتم وقت صدور الاجازة عن المالك الحقيقي (3) .

(1) الدكتور عبد الرازق حسن فرج / المرجع السابق ، ص 231 .

(2) ونشير الى ان موهى قاعدة " طرأ الملك البات على الملك الموقوف " ان الفضولي اذا صار مالكا للمبيع بعد صدور البيع منه فان بيعه يبطل ، وله بعد ان يصبح مالكا ان ينقل ملكية الشيء المبيع الى المتصرف اليه منه بمقد جديد وليس بمقتضى اجازة المقدم الأول . نعم ، ان هذا البيع يكون جائزا اذا تقدم سبب الملك للمبيع على البيع . تراجع رسالة الدكتور عبد الرازق حسن فرج / المرجع السابق ، ص 189 .

ونلاحظ ان هذا الحكم يخالف ما جاءت به التشريعات الحديثة من ان بائع ملك غيره اذا أصبح مالكا للمبيع فان بيعه يصبح نافذا بصفة نهائية ولا يلحقه البطلان . (3) وان كان ابو حنيفة يرى أن هذا الطلب يجب ان يتقدم به صاحبه وقت ابرام المقدم . وهو ما أوضحه صاحب فتاوى قاضي خان ، ج 2 ، ص 185 التي جاء بها " فسي بيع الفضولي يطلب الشفعة وقت الاجازة عند محمد ، وهو المذهب ، وعند أبي حنيفة يكون الطلب وقت المقدم . . . " مشار اليه في مؤلف الدكتور عبد الرازق حسن فرج / المرجع السابق ، ص 232 المامش (1) .

(3) في مجال الزواج الموقوف ، المصتمد هو أن الدخول بالزوجة قبل الاجازة لا يعتبر سببا موجبا للعدة ، كما أن هذا الزواج لا يحل المرأة لزوجها الذي إبانها قبله بينونة كبرى ولو أجزى هذا الزواج فيما بعد .

(4) طلاق الفضولي لا ينتج أثره الا من يوم اجازته ، ومن ثم فان هذا الطلاق لا يرتب أثره قبل حصول الاجازة ممن يملكها ، وهذا الحكم يختلف عن بيع الفضولي الذي يرتب آثاره من وقت إبرام العقد فيثبت الملك للمشتري بأثر رجعي .

وأما الدور السكاشف للاجازة فيتحدد بالحالات الآتية :

(1) في حالة بيع الفضولي اجازة المالك للبيع الصادر من الفضولي تجعل البيع مرتبا لآثاره من وقت انشاء العقد تطبيقا للمبدأ المقرر لدى الفقهاء المسلمين من أن " الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة " . ويترتب على هذا الحكم انه هلك الثمن في يد الفضولي قبل اجازة البيع ، ثم تمت اجازة البيع ، فان الفضولي لا يضمن الثمن طالما ان ضياعه قد حصل بدون تحدي أو تغريط منه لأنه يكون في حكم الوكيل ، والوكيل لا يسأل عن الامانة المودعة لديه طالما أن ضياعها لم يثبت أنه راجع الى اعتداء أو تغريط منه .

(2) في الزواج الموقوف على اذن الزوجة ، فاذا علمت به ولم تجزه ، وسكتت حتى ولدت لأكثر من ستة أشهر من وقت إبرام العقد ثم أجازته ، فان نسب مولودها يثبت من تاريخ إبرام العقد ، أي بأثر رجعي ، وهذه القاعدة - كما هو واضح - ممن مضمونها - أريد بها حماية نسب الطفل .

(3) كل ما يتولد من محل التصرف الموقوف من زيادة ونماء سواء كان متصلا به أو منفصلا عنه فانه ينتقل الى من ثبت له ملك الأصل بالاجازة حتى لو كان هذا النماء وهذه الزيادة قد حصل ما بين تاريخ إبرام التصرف واجازته ، وترتبا على ذلك فاذا تعلق الأمر ببيع فضولي ، وإجاز المالك الحقيقي البيع ، فان كل ما يتولد عن المبيع من لحظة إبرام العقد من نماء وزيادة ينتقل الى المشتري من تاريخ إبرامه السلي حين الاجازة أو بعدها .

المبحث الثالث

+++++

مــقارنــة بين أحكام الإجازة في القانون الوضعي وفي الفقه الإسلامي

+++++

تكلف مقارنة أحكام الإجازة في كل من القانون الوضعي و الفقه الإسلامي عن التقائهما في كثير من النقاط ، و ان كان هذا الالتقاء لا يمنع من وجود بعض الاختلاف بينهما فسي نقاط أخرى وهذا ما نحاول تبيانه فيما يلي :

(1) تمتهر الإجازة في كلا الاتجاهين تصرفا اراديا يصدر عن جانب واحد و يتمثل في الطرف الذي خوله المشرع هذا الحق ، و لا يحتاج الى قبول يصدر عن الطرف الآخر حتى فيما اذا تعلق الأمر بمقتد .

(2) المعتمد في كلا الاتجاهين هو ان الإجازة لا يمكن ان ترد على التصرفات الباطلة ، نعم ، ان هذه التصرفات يمكن ان تكون موضوعا لانشائها من جديد .

على ان التصرفات التي يمكن ان تلحقها الإجازة تتعدد في القانون الوضعي بما يسمى بالتصرفات القابلة للإبطال ، أما في ظل الفقه الإسلامي فانها تتضمن ما اصطلح على تسميته بالتصرفات الموقوفة ، كما أن مجالها يتسع ليشمل التصرفات اللازمة التي اقترن بها خيار حوّلها الى تصرفات غير لازمة .

(3) اذا كان المقرر في ظل القانون الوضعي ان المجيز يتحدد بمن خوله المشرع حق التمسك بالإبطال كناقض الأهلية ، أو ممن شاب ارادته احد عيوب الارادة ، فان المعتمد لدى فقهاء الشريعة الإسلامية أن الإجازة كقاعدة عامة تتحدد في اطار التصرفات الموقوفة بالشخص الذي تم اقرار وقف التصرف حماية لِحَقِّقْ ، وفي ظل التصرفات التي اقترن بها أحد الخيارات فانها تبقى متوقفة على ارادة من قرر الخيار لمصلحته .

(4) ان وسيلة التعبير عن الإجازة متفق عليها في كلا الاتجاهين . فالمقرر لديهما ان الإجازة يمكن ان تكون صريحة كما يمكن أن تكون ضمنية أى تستخلص من ظروف الحال ، كما أن المعتمد سواء في ظل القانون الوضعي أو لدى فقهاء الشريعة الإسلامية أن الأصل في السكوت هو عدم الدلالة الا اذا دلت ظروف الحال على خلاف ذلك ، أو كانت هنسك أن ضرورة لحماية التفسير .

(5) بالنسبة لشروط الإجازة ، فالمعتمد في كل من القانون الوضعي و الفقه الإسلامي انه يشترط لصحة الإجازة أن تتوافر فيها الشروط اللازمة لصحة التصرف القانوني ،

و المتمثلة في علم من صدرت منه الاجازة بالصيب الذي كان يشوب ارادته أثناء قيام التصرف ، واتجاه نيته نحو التنازل عن التمسك بهذا الصيب ، ومن ثم عن التمسك بطلب الابطال ، مع زوال هذا الصيب وقت صدورها .

على أن فقهاء الشريعة الاسلامية يتطلبون في الاجازة شروطا اضافية تتمثل في وجود طرفي التصرف ، والمحل ، والمجيز ، وقت قيام التصرف ، ووقت صدور الاجازة ايها . وسبب تطلب فقهاء الشريعة الاسلامية لهذا الشروط مرده الى اختلاف أثر الاجازة في الفقه الاسلامي عنه في القانون الوضعي .

وان كان المعتمد في القانون الوضعي أن للاجازة دورا ستناديا وانها لا تضيف شيئا جديدا الى التصرف طالما ان هذا التصرف كان قائما ومنتجا لكل آثاره قبل صدورها ، وان دورها يتمثل فقط في ازالة الخطر الذي كان يهدد التصرف ، فان الأمر على خلاف ذلك لدى فقهاء الشريعة الاسلامية ، فالمرر عند هؤلاء الفقهاء ان للاجازة دورين ، فقد تطلب دور الاستناد ، أي يكون لها اثر رجعي ، وقد يكون لها حكم الانشاء فقط ، أي لا ترتب آثارها الا لحظة صدورها ، ولذلك فان توافر الشروط الإضافية المطلوبة لدى فقهاء الشريعة الاسلامية وقت صدور التصرف ووقت صدور الاجازة يصبح أمرا ضروريا على اعتبار أن وقت صدور التصرف هو الوقت الذي تستند اليه الاجازة .

6) وفيما يخص حكم الاجازة ، فالمرر في ظل فقه القانون الوضعي ان الاجازة حال صدورها تثبت دعائم التصرف المهدد بالزوال بحيث يصبح يحاى عن خطر البطلان الذي كان يهدده ، وهو نفس الأثر الذي يتقرر لها أيضا في اطار الفقه الاسلامي أي أن التصرف الذي كان معددا بالزوال يصبح مستقر الدعائم .

غير أن الاتجاهين وان كانا يتفقان على ان الاجازة تثبت دعائم التصرف فان ذلك لا يمنع من القول بوجود اختلاف بينهما بهذا الصدد ، فالاجازة في ظل القانون الوضعي لا تضيف شيئا جديدا الى التصرف لأن المفروض ان التصرف يكون قائما ومسوحا ومرتبيا لجميع آثاره قبل توافرها ، أما في ظل الفقه الاسلامي فان الاجازة تلمب دورا جوهريا انه بحصولها يصبح التصرف قادرا على ترتيب آثاره الشرعية ، وبدونها لا يمكن للتصرف ان ينتج أى أثر قانوني .

7) وفيما يتعلق بالزمن الذي يجب ان تصدر خلاله الاجازة ، فان المشرعين يتولون تحديد ، ومن بينهم المشرع الجزائري فقد نص في المادة 101 مدني على مايلي :

" يسقط الحق في إبطال المقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال عشر سنوات .

ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكشف فيه ، وفي حالة الإكراه ، من يوم إقطاعه . غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد " .

الأمر الذي يجعلنا نقرر أن الحق في إبطال المقد (وكذلك الأمر بالنسبة للسي التصرفات القانونية بالإرادة المنفردة) يسقط في التشريع الوضعي بالتقادم إذا انقضت المدة المحددة قانوناً ، وبإتضاها لا يمكن استتماله سواء عن طريق رفع دعوى بمعداة أو عن طريق الدفع به ، أما في ظل الفقه الإسلامي فقد رأينا أن فقهاء المذهب الحنفي يقررون أن التصرف الموقوف يبقى موقوف النفاذ طالما أن إجازته لم تتم من طرف من خوله الشارع هذا الحق ، بينما فقهاء المذهب المالكي يرون خلاف ذلك ، فهم يقولون : إذا صدر التصرف الموقوف بحضرة المالك الحقيقي ، وسكت فإن سكوته يعتبر إجازة للتصرف ، أما إذا حصل التصرف بدون حضرته ، ثم علم به ، وسكت لمدة عام من تاريخ علمه ، فإن سكوته يعتبر إجازة ضمنية منه للتصرف ، وينفذ التصرف في حقه .

ولو قارنا بين القانون الوضعي والحكم المعتمد في ظل المذهب المالكي لاتفصح لنا أن الحل الأسلم هو الذي قال به فقهاء المالكية أن تقصيرهم للمدة التي تصدر خلالها الإجازة تجعل رأيهم أكثر مراعاة لاستقرار الأوضاع القانونية .

الفصل الثاني

تصحيح التصرف المشوب بعيب البطالان

تمهيد وتقسيم :

التصريف بتصحيح التصرف وتمييزه عن بعض الأنظمة المشابهة :

لقد حظيت مسألة تصحيح التصرف المعيب باهتمام الفقه (1) ويراد بها ازالة العيب الذي شاب التصرف من الناحية الموضوعية ، وذلك عن طريق استيفاء الشرط الذي كان ينقصه كاعتماد الشكل الذي قرره المشرع (2) أو قيام الولي أو الوصي بمسح التصرفات الترخيص المطلوب لسلاسة التي يسمح للقاصر باجرائها (3) أو تكملة الثمن الى الحد المقرر قانونا (4)

واذن ، فتصحيح التصرف يختلف - بحسب الأصل - عن اجازته . ذلك أن التصحيح يتمثل في تكملة الشرط المطلوب لقيام التصرف من الناحية الموضوعية ، في حين ان الاجازة تعتبر تنازلا من طرف من قرر الابطال لمصلحته عن استعمال هذا الحق ، وراعى أيضا أن الاجازة لا تلزم الا صاحبها ، في حين أن تصحيح التصرف ينتج آثاره حتى بالنسبة الى الغير (5)

كما أن تصحيح التصرف يختلف عن عمل التصرف من جديد ذلك أن التصحيح متى تم ينتج آثاره حتى بالنسبة الى الماضي فيصبح التصرف الذي كان محلا له صحيحا منذ لحظة اجرائه وأعمال التصرف من جديد فينتج آثاره مستقبلا فقط بحيث يبقى التصرف باطلا بالنسبة الى الفترة السابقة على تاريخ اجرائه من جديد .

(1) ويمتبر الاستاذ كريستيان ديبيرون Christian DUPEYRON أول من قام بدراسة هذه المسألة دراسة دقيقة ، فصاغ لها نظرية عامة ضمنها رسالته تحت عنوان تصحيح التصرفات الباطلة (la régularisation des actes nuls) التي ناقشها بتولوز سنة 1972 ، وفي حين ان الفقهاء الذين سبقوه كانوا يدرونها بصفة جزئية أي تبعا للحالات التي كانت تعرض عليهم .

(2) ديبيرون / الرسالة ، بند 163 وما بعده ، ص 117 وما بعدها .

(3) ديبيرون / الرسالة ، بند 180 وما بعده ، ص 125 وما بعدها .

(4) ديبيرون / الرسالة ، بند 51 ، ص 31 - 32 .

(5) ديبيرون / الرسالة ، بند 321 ، ص 224 .

وفضلاً عن ذلك، فإن تصحيح التصرف يختلف عن تحول التصرف أيضاً، فتحول التصرف - كما سبق أن أوضحنا -⁽¹⁾ يتضمن استبعاد التصرف صحيح بتصرف باطل من غير ادخال أى عنصر جديد على التصرف الأصلي الباطل، فتبقى عناصر هذا التصرف كما هي بدون تغييره غاية ما في الأمر أن التصرف يصاد تكييفه فيمحل تكييفاً قانونياً غير التكييف الأول، وعلى خلاف التصحيح الذي يتم - كما أسلفنا - عن طريق إضافة عنصر جديد إلى التصرف الباطل.

و الواقع أن مسألة تصحيح التصرف قد بدأت تتسع من حيث النطاق، نظراً لما يتطلبه استقرار الأوضاع من اتخاذ الإجراءات الكفيلة للحيلولة دون بطلان التصرفات، وإن كان موضوع الشركات التجارية يعتبر أخصب مجال لها.

وتسهيلاً للدراسة نقسم هذا الموضوع إلى ثلاثة محاور، نوضح في بحث أول الصور المختلفة لتصحيح التصرف، ونتعرض في بحث ثان لتحديد نطاق التصحيح، ونخصص بحثاً ثالثاً لبيان إجراءات دعوى التصحيح.

المبحث الأول

+++++

الصور المختلفة لتصحيح التصرف المشوب بالبطلان

+++++

أشرنا إلى أن أهم الدواعي التي أدت إلى اعتماد فكرة تصحيح التصرف المعيب ترد إلى الرغبة في ضمان سلامة المعاملات وهو أمر لا يتحقق إلا عن طريق استقرار الأوضاع. والاستقرار الذي يتحقق عن طريق تصحيح التصرف يتم بوسائل ثلاث: أما عن طريقة إزالة العيب الذي شاب التصرف، وأما عن طريق الفناء الحق في رفع دعوى البطلان، وأما عن طريق تنمة الشروط الواجب توافرها في التصرف للحيلولة دون الحكم ببطلانه، ونتولى عرض صور لهذه الطرق فيما يلي:

الصورة الأولى: تصحيح التصرف عن طريق إزالة العيب الذي شاب التصرف:

يتم تصحيح التصرف عن طريق إزالة السبب الذي جعله عرضة للبطلان بإرادة طرفي التصرف مما أوبارادة طرف واحد فقط، فمثلاً إذا تعلق الأمر بمقعد بيع وكان الثمن الوارد في العقد ينطوي على مخالفة للتشريع الجاري به العمل، فإن تصحيح التصرف يتم عن طريق تخفيض أو رفع هذا الثمن وجعله متماشياً مع الأحكام القانونية المقررة.

(1) يراجع ما سبق 373 من هذه الرسالة.

وبذلك تثبت دعائم التصرف ويصبح بمنأى عن البطلان ، ومثل هذه الصورة تصدق في حالة الاستفلال اذ المقرر بمقتضى المادة 90/3³ مدني أن من صدر منه الاستفلال اذا قام بمعرض تكملة الثمن الذي يراه القاضي كافيا لاعادة التوازن الاقتصادي للعقد ، فان هذا المعرض يؤدى الى ازالة عيب الاستفلال ، ومن ثم يحسن العقد المبرم ضد دعوى الابطال .

الصورة الثانية: تصحيح التصرف عن طريق سقوط الحق في رفع دعوى البطلان:

ان الاتجاه الحديث في الفقه والقضاء يتجه نحو استبعاد البطلان كلما تيسر لسد الأمر ، وقد اعتمد المشرع هذا الرأي - سميا منه الى ضمان استقرار المعاملات التجارية خاصة - فأورد أحكاما هامة بصدد الشركات التجارية ذات المسوولية المحدودة وشركات الأسهم نظرا للدور الهام الذي تلعبه في المجالين الاقتصادي والاجتماعي والاقتصادي اذ وضع حولا سليمة هامة بمقتضاها قرر أن من كان ناقص الأهلية أو معيب الإرادة للميوب المقررة قانونا وقت إبرام عقد الشركة يمنع من استعمال حقه في التمسك بطلب الابطال متى لم يقر برفع دعوى البطلان خلال ستة أشهر من تاريخ انذاره من طرف الشخص صاحب المصلحة (المادة 738/1¹ تجارى) ، أما اذا رفعت دعوى البطلان من طرف القاصر أو من شاب ارادته عيب من عيوب الرضا ، فانه يبقى من حق الشركة أو أحد الشركاء أن يعرض على المحكمة المختصة بالفصل في دعوى البطلان ، الاجراء الذي من شأنه أن يزيل مصلحة المدعي بطلب البطلان عن طريق شراء حقوق الشريك المعيب الإرادة (المادة 737/2² تجارى) ومن قبيل ذلك أيضا ما قرره المشرع الجزائى بمقتضى المادة 90/2² مدني من أن عدم قيام الطرف الذي كان ضحية الاستفلال برفع دعوى الابطال خلال سنة من تاريخ اجراء العقد يجعل دعوى الابطال غير مسموعة بمجرد انتهاء سنة من تاريخ اجراء التصرف .

الصورة الثالثة: تصحيح التصرف عن طريق استيفاء بعض الشروط التي يشترطها

القانون والتي كان هذا التصرف مفتقرا اليها :

وموئدى هذه الصورة أن التصرف قد يكون باطلا بطلانا مطلقا لعدم استيفاء أحد الشروط التي يتطلبها القانون ، فاذا تم استيفاء هذا الشرط انقلب التصرف صحيحا ، والمثال الذي درج الفقه عليه لتوضيح هذه الصورة يتمثل في الكهبالسة ، فالمادة 110 من تقنين التجارة الفرنسي والتي اعتمد حكمها المشرع الجزائى في المادة

390 من القانون التجاري تطلبت ضرورة استيفاء شروط معينة فيها ، ورتب عليها مخالفتها بطلان هذه الورقة التجارية ، وحينئذ تسأل الفقه عن مدى إمكان تصحيح هذه الورقة عن طريق تكملتها بالبيانات المطلوبة قانوناً من عدمه ، واستقر في النهاية على إمكان إجراء هذا التصحيح ، وهو ما جازاه فيه القضاء الفرنسي سمياً منه السعي تشجيع التعامل بمثل هذه الأوراق نظراً لصفتي السرعة والائتمان اللتين أصبحتا من ضمن الخصائص المميزة للقانون التجاري المعاصر، شريطة أن يتم هذا التعديل بإضافة البيانات الناقصة قبل تحصيل السند⁽¹⁾.

المبحث الثاني

تحديد نطاق التصحيح في بعض الفروض

لقد أشرنا إلى أن التصحيح قد يلحق تصرفات باطلة بطلاناً مطلقاً كما هو الأمر بالنسبة إلى الكمبالة التي لم تستوف الشروط القانونية المطلوب استيفاؤها، كما أنه قد يلحق التصرفات القابلة للإبطال مثل ما هي الحال بصدد بعض الشركات التي يكون أحد شركائها ناقص الأهلية أو معيب الإرادة .

غير أن تساؤل لين هامين يثاران بهذا الصدد ، وهما حالة ما إذا كان سبب بطلان التصرف قد زال نتيجة تعديل تشريعي ، أو كان البطلان نتيجة إجراءات مؤقتة تطلبتها ظروف الحال . وسنتعرض لهاتين المسألتين لما لهما من أهمية نظرية وعملية .

أولاً : تصحيح التصرف ومسألة تعديل التشريع :

نكون بصدد هذا الفرض في حالة ما إذا لجأ المشرع إلى إصدار قانون يمدل بمقتضاه أحكاماً قانونية سابقة كانت مخالفتها تجعل التصرف باطلاً ، ومن ذلك مثلاً أن يكون المشرع قد نص على تحديد نسبة الفوائد بقواعد آمرة أي لا يمكن للأطراف

(1) يراجع في ذلك : نقض تجاري فرنسي 1969/05/28 ، منشور بالنشرة المدنية للقضاء لسنة 1969 هـ ج 4 ، فقرة 171 ، ص 152 . ويراجع في هذا المنحى أيضاً : نقض مدني فرنسي 1939/07/10 ، منشور ب (ج . م . ب . J C P) لعام 1941 هـ ج 2 ، بند 1617 مع تعليق روسو (Rousseau) ، ونقض مدني فرنسي 1970/01/31 ، منشور بسيره لعام 1970 هـ ج 1 ، ص 255 .

أن يتجاوزوها ، ولكنهم خالفوها فعلا باتفاقات فيما بينهم ، ونظرا لظروف اقتصادية معينة فإن المشرع يصدر تشريعا جديدا بمقتضاه يعطي للأفراد الحرية في الاتفاق على تحديد حدود القوائد ، وحينئذ يرد تساؤل حول معرفة ما اذا كان التمديد التشريعي الجديد من شأنه أن يؤدى الى تصحيح التصرف الذى نشأ باطلا ، وهل لهذا التصحيح أثر رجعي أو يقتصر على ما ينشأ في ظله مستقبلا ؟

يبدو بداهة أنه بإمكان الأطراف أن يلجأوا الى اجراء تصرفهم من جديد ويصفون عليه الأثر الرجعي ، وبذلك يصححون التصرف السابق . غير أن هذا الاحتمال ضعيف جدا من الناحية العملية ، إذ قد يمتنع أحد الأطراف عن تطبيق هذا الحل لأن من شأنه أن يمس مصلحة اقتصادية ، ولذلك فإن التساؤل الذى طرحناه يبقى قائما لمعرفة ما اذا كان التمديد التشريعي من شأنه أن يؤدى تلقائيا الى تصحيح التصرف السابق أو لا ؟

لقد سبق للفقهاء أن أشاروا لهذا التساؤل واختلف بصدده الاجابة عليه .

ففرق منه ذهب الى أن الاجابة على هذا التساؤل لابد أن تكون بالإيجاب دون قيد ، مستندا في ذلك الى أن لجوء المشرع الى تعديل الأحكام القانونية التي كانت سارية المفعول يعتبر دليلا على إيمانه بأن تلك الأحكام لم تكن سليمة ، كما أن الحل الجديد من شأنه أن يحيي مصالح الغير الذين استندوا الى الوضع الظاهر الذى أشار أطراف التصرف الباطل (1) .

بينما ذهب فريق آخر من الفقهاء الى استبعاد فكرة الأثر المباشر للتصحيح محتما فكرة الحقوق المكتسبة ، وفي ذلك يقرر جابيو أن المشرع اذا لم ينص على تصحيح التصرفات التي كانت باطلة بمقتضى قانون سابق حين اصداره للقانون الجديد ولم يعتمد صراحة فكرة الأثر الرجعي لهذا القانون ، فإنه يكون قد ابتغى من وراء ذلك عدم المساس بالحقوق التي اكتسبها الأطراف والمتمثلة في حقهم في التمسك ببطلان التصرفات المبرمة قبل صدوره ، ومن ثم فإنه اشترط لتصحيح التصرفات التي كانت باطلة في ظل القانون القديم ضرورة لجوء أطرافها الى التنازل عن حق النقد المقرر لهم ، أي تنازلهم عن حقهم في التمسك بالبطلان (2) .

(1) الأستاذ فارجات / رسالته في النظام العام الاقتصادي ، بند 183 ، ص 147 ، وبند 546 ، ص 437 ، فضلا عن أن القول بتصحيح التصرفات السابقة على صدور القانون الجديد من شأنه أن يؤدى الى التقليل من حالات البطلان .

(2) جابيو / رسالته ، ص 318 .

و اذا كان الفقه قد تعرض لهذه المسألة، فانها قد عرضت أيضا على محكمة النقض الفرنسية فرفضت بهذا الصدد أن التصرف اذا نشأ غير صحيح في ظل الأحكام السارية المعمول فان تعديل المشرع لتلك الأحكام لا يؤدى الى تصحيحه بصفة آليّة (1)

ونحن نساير رأى محكمة النقض الفرنسية في عدم انقضاء الصبغة الرجعية للأحكام القانونية الجديدة لأن هذا الاتجاه هو الذى يتماشى وبدأ عدم رجعية القوانين باعتباره أحد المبادئ الهامة المستقر عليها، اللهم الا اذا أُلغى المشرع على القانون الجديد أثرا رجعيا، كما يحدث غالبا بصدد الشركات اذ يلجأ في الكثير من الحالات السى تصحيح وضعها بأثر رجعي نظرا لما تلعبه هذه المؤسسات المالية من دور هام في الاقتصاد الوطني .

كما أن اعتماد فكرة الأثر الرجعي لا يتماشى والحكم الواجب الاتباع في الحالة العكسية أى تلك الحالة التي يكون فيها التصرف صحيحا ثم يصدر المشرع تشريعا يجعله ممنوعا، فالمستقر عليه ان التصرف اذا استوفى الشروط القانونية التي يستلزمها القانون القديم فانه يبقى صحيحا، ولا يقدر في ذلك أن يصدر قانون يحظر اجراء هذا التصرف ابتداء من تاريخ اصداره . وسورة ذلك أن يكون التعدد في الزوجات مباحا ثم يصدر المشرع قانونا يقيد فيه التعدد كما يبدو ظاهرا في المادة الثانية (8) من قانون الأسرة، أو يحظره كلية ويقرر له جزاء عقابيا كما هو الأمر بالنسبة الى تونس (الفصل 18 من مجلة الأحوال الشخصية) (2) فمن الواضح أن شخصا ما اذا

(1) يراجع في هذا المعنى : الحكم الصادر بتاريخ 1950/02/28 والمنشور في ج . س . ب . J O P لسنة 1950، القسم الثاني، بند 5599، وملاحظات الأستاذ كاربونيه بالمجلة الفصلية للقانون المدني لسنة 1950، ص 369 . مع تعليق الأستاذ بيكيه (E. BECQUE) والحكم المؤرخ في 1959/03/02 المنشور بالنشرة المدنية للقضاء لسنة 1960، رقم 124، ص 105، والحكم الصادر بتاريخ 1960/04/29، المنشور بالنشرة المدنية للقضاء لسنة 1960، ج : 1، رقم 218، ص 178 .

(2) يجرى النص الجديد للفصل 18 من المجلة المادة بقانون رقم 58 - 70 بتاريخ 1958/07/04 على النحو الآتي :

” تعدد الزوجات ممنوع .

فك

— كل من تزوج وهو في حالة زوجية، وقبل عصمة الزواج السابق يعاقب بالسجن لمدة ... وبخطية (غرامة) قدرها ... أو بأحدى العقوبتين، وليسو أن الزواج الجديد لم يعر طبق أحكام القانون ” .

كان متزوجاً بأكثر من واحدة ، فان عقود زواجه المبرمة في ظل القانون السابق لن تتأثر بالقانون الجديد ، ولوقلنا بخلاف ذلك أن بضرورة إضفاء الأثر الرجعي على القانون الجديد لتأمين إبطال عقود الزواج المبرمة قبل صدوره وهو أمر يصعب اعتماده بالنظر إلى النتائج الخطيرة التي تترتب عليه .

و خلاصة القول : هي أن التمدد التشريعي - في اعتقادنا - ليس من شأنه تصحيح الأوضاع الباطلة في ظل الوضع القانوني السابق ، اللهم إلا إذا أفصح المشرع عن رغبته في إجراء هذا التصحيح ، فحينئذ لا مناص من النزول على إرادته .

ثانياً : البطلان المقرر بصفة مؤقتة :

قد يتقرر بطلان تصرف معين نتيجة وضع معين ، غير أن هذا الوضع قد يلحقه تغيير ، فيثار حينئذ تساؤل يتعلق بمصرفة ما إذا كان تغيير الظروف من شأنه التأثير على مصير التصرف المبرم ، وعلى سبيل المثال فاننا نذكر بصورة الشخص الذي يتعامل في تركة مستقبلية ، فمما لا شك فيه أن هذا التصرف يعتبر باطلاً بنص القانون .

غير أن هذا البطلان إذا ما قمنا بتحليله فانه يتضح أنه يرتبط بوضع معين مرجعه أن المورث حين إجراء التصرف كان لا زال على قيد الحياة ، ولذلك فانه يحق لنا أن نتساءل عن حكم هذا التصرف إذا آلت التركة المتصرف فيها إلى المتصرف ؟

إن التحليل القانوني السليم يتطلب منا اعتبار التصرف المبرم باطلاً لأن إجازته تؤول إلى إفراغ الحكم الوارد في المادة 2/92 مدني من قيمته والحيولة دون تحقيق الهدف المبتغى من وضعه والمتمثل في منح كل مشاركة على حياة المورث .

على أنه إذا كان هذا هو الهدف العام فانه يرد عليه استثناء أن يتمثلان فيما يلي :

الاستثناء الأول : يتعلق بالزواج الذي يبرمه شخص لم يبلغ السن المحددة قانوناً⁽¹⁾ فتبدوا الحاجة ملحة إلى اعتبار هذا الزواج صحيحاً بالرغم من عدم توافر شرط السن في الزوجين معاً أو في أحدهما ، وقد سبق للمشرع الجزائي أن أخذ صراحة بهذا الاستثناء في القانون رقم : 63-224 الصادر في : 29/06/1963⁽²⁾

(1) الدكتور محمد الحسيني ، في / تقنيات الأحوال الشخصية في الجزائر ، بحث نشره بـ مجلة الملم القانوني والاقتصادية جامعة الاسكندرية المجلد الثاني ، يوليو سنة 1974 ، ص 172 ، وما بعدها .

(2) منشور بالجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ : 02/07/1963 .

فبعد أن حدد سن الزواج بثماني عشرة سنة كاملة بالنسبة للرجل وست عشرة سنة كاملة بالنسبة إلى المرأة (المادة 1/1) ورتب البطلان المطلق على عدم استيفاء هذا الشرط إذا لم يتم الدخول فيه (المادة 3/1) والبطلان النسبي حالة حصول الدخول فيه (المادة 3/2) أو رد استثناء على هذا المبدأ العام في الفقرة الثانية من المادة الأولى خول بمقتضاه رئيس المحكمة سلطة منح الاذن بالاعفاء من السن حالة وجود دوافع قوية بعد أخذ رأي وكيل الجمهورية. كما أن المشرع الجزائري قام من جديد بتحديد سن أهلية الزواج في قانون الأسرة رقم: 84-11 الصادر بتاريخ 09/06/1984 بواحد وعشرين (21) سنة بالنسبة للرجل وبثماني عشرة (18) سنة بالنسبة للمرأة، وأعطى للقاضي سلطة تقديرية بمقتضاها يمنح رخصة الزواج قبل بلوغ هذه السن وذلك تحقيقاً لمصلحة الزوجين أولاً، أحدهما، أو لضرورة، (المادة 7 من قانون الأسرة)، وكمثال لحالة الضرورة أن يختطف رجل فتاة لم تصل بعد سن الرشد، ثم يمرض الزواج معها، فيقبل أهلها هذا المرض، أو لمصلحة الزوجة كأن تكون صغيرة بدون ولي، وتضطرب في حالة تشرد فيتقدم رجل للزواج بها وتقبله زوجها، وتكون حالتها البدنية تسمح بذلك، وفي مثل هاتين الصورتين يعتبر الزواج صحيحاً، ويلزم ضابط الحالة المدنية بقيد هذا الزواج تنفيذاً للترخيص الصادر عن رئيس المحكمة. كما أن المشرع قسّر في المادة 4 من قانون رقم 63-244 صحة الزواج حتى لو لم يكن الزوجان مما أوكان أحدهما لم يبلغ السن القانونية حالة إبرامه، غير أن هذه الصفة قيدها بتوافر أحد شرطين أولهما بلوغ الزوجين مما السن القانونية وثانيهما إذا كانت الزوجة التي لم تبلغ السن القانونية حاملاً.

الاستثناء الثاني : ينطوي تحت حالة بيع ملك الغير. فقد أورد المشرع في الفقرة الثانية من المادة 398 مدني أن البيع من طرف شخص غير مالك للشيء المبيع " يعتبر... صحيحاً في حق المشتري إذا اكتسب البائع (غير المالك الحقيقي) ملكية المبيع بعد انعقاد البيع ". ومن الواضح - طبقاً لهذا النص - أن البائع إذا كان غير مالك للشيء المبيع وقت إبرام عقد البيع ثم صار مالكا له بعد ذلك - سري ذلك التصرف في مواجهته، واعتبر التصرف المبرم صحيحاً من تاريخ إبرامه.

وقد ذهب القضاء الفرنسي إلى أبعد من ذلك فأوضح أن التصرف المبرم يسري في مواجهة المالك الحقيقي إذا أصبح هذا الأخير خلفاً عاماً للبائع، لأنه يصير - حينئذ - ملزماً بضمان عدم التعرض للمشتري، وفي ذلك قررت محكمة النقض الفرنسية " حيث أن الوارث يلزم بتنفيذ البيع الذي أجراه مورثه، فإن محكمة الاستئناف

تكون قد أصابت حينما اعتبرت البيع المبرم صحيحاً حتى لو كان قد انصب على أموال مملوكة للوارث ، وذلك لعمالة لمبدأ عدم قابلية الضمان للانقسام". (1)

ومن التحليل السابق يخلص لنا أن نظرية التصحيح تفرض وجود تصرف باطل أو قابل للإبطال ، وأن تعديله يؤدي إلى انقضاء دعوى الإبطال ، كما أن دعوى التصحيح تهدف إلى جعل التصرف الباطل أو القابل للإبطال صحيحاً وذلك بإلغاء الميؤب التي كانت السبب في بطلانه ، ولكن كيف يتم التصحيح ؟

يتم التصحيح بأحدى الطريقتين فإما أن يتم بالطريق الودي وإما أن يتم عن طريق القضاء ، وهو ما يمكن تسميته بالتصحيح القضائي أو الجبري ، وبما أن التصحيح الودي لا يثير إشكالا لأنه يعتبر حصيلة اتفاق طرفيه فإننا نقصر دراستنا على بعض المسائل التي قد تثار في مجال التصحيح القضائي .

المبحث الثالث

إجراءات دعوى تصحيح التصرف وآثار الحكم به

الهدف من دعوى التصحيح هو جعل التصرف المهدد بالإبطال بمنأى عن الخطر الذي يهدده ، ليصبح قادراً على إنتاج كل الآثار القانونية التي حددها له المشرع .

والواقع هو أن مجال دعوى التصحيح يكاد ينحصر في المجال التجاري ، وخاصة في إطار الشركات نظراً لأهميتها في الاقتصاد الوطني .

هذا ، وتحليل الأحكام المتعلقة بدعوى التصحيح يتطلب منا التعرف لبيان إجراءات دعوى تصحيح التصرف في مطلب أول ، ثم بيان الآثار التي تترتب على الحكم بتصحيحه في مطلب ثان .

(1) نقي مدني 1962/01/06 ، منشور بالنبشة المدنية للقضاء لسنة 1962 ،

(2) تحديد الطرف الذي ترفع ضده دعوى التصحيح :

ترفع دعوى التصحيح ضد من يقع على عاتقه سبب البطلان ، فإذا كان سبب البطلان صادرا من المشتري في عقد بيع بوجود استفاد البائع مثلا ، فإن دعوى التصحيح ترفع من هذا الأخير ضد المشتري ، وليس دفع ما يراه القاضي كافيا لرفع القبن (المادة 3/90 مدني) .

وإذا ما تعلق الأمر بشريك مثلا وتوافق في جانبه سبب البطلان تنقص اهليته أو كون إرادته مشوبة بأحد عيوب الإرادة المقررة ، فإن دعوى التصحيح ترفع ضد هذا الشريك نفسه (المادة 1/738 تجاري) ، أما إذا كان التصحيح متعلقا بالشركة نفسها ، كما لو خربت الشركة الأحكام المتعلقة بمسهر الشركات ، فسد دعوى التصحيح ترفع ضد الشركة نفسها (المادة 739 تجاري) .

وإذن ، فدعوى التصحيح ترفع ضد من يجب عليه القيام بعملية التصحيح لازالة سبب البطلان .

(3) سلطة القاضي في منح اطراف التصرف أجلا كافيا لاجراء عملية التصحيح :

لقد لاحظنا ان الهدف من اعتماد دعوى التصحيح هو التقليل من حالات بطلان التصرف واحترام مبدأ استقرار الاوضاع القانونية ، ولذلك فلا غرابة في ان نجد المشرع الجزائري قد عني بهذه المسألة ونظم أحكامها بصدد بعض التصرفات التي تلعب دورا هاما في الحياة الاقتصادية للدولة ، واعتمد احكاما صريحة بصدد الشركات التجارية فوضع حلولا هامة ورد النص عليها في المادتين 735 و 736 من القانون التجاري .

فأما الحكم الاول فيمكن في انقضاء دعوى بطلان الشركة اذا انقطع سببه كما اذا كان عقد الشركة غير مكتوب ، أو كان بعض الشركاء لم يقدموا حصصهم مثالا ، فإنه يجوز للشركاء تصحيح البطلان بكتابة المقد ، أو بتقديم الحصص ، أو بالقيام بأي عمل من شأنه تصحيح البطلان أيضا كان سببه حتى لو كان هذا التصحيح قد حصل يوم نظر دعوى الموضوع ما لم يكن البطلان راجعا الى عدم مشروعية محل الشركة .

وأما الحكم الثاني ، فإن المشرع الجزائري - حرصا منه على تحقيق الهدف من دعوى التصحيح - أبدى رغبته بمقتضى المادة 736 في ازالة اسباب البطلان

سمياً منه الى ضمان بقاء الشركة واستمرارها ، فالزيم المحكمة المختصة بعدم اصدار حكم بسحب البطلان الا بعد انتظار مضي مدة شهرين تبدأ من تاريخ افتتاح الدعوى حتى لو كان سبب البطلان قائماً ، وذلك حتى تتاح للشركاء فرصة تصحيح اوضاع الشركة وازالة الصيب الذي كان سبباً في رفع دعوى البطلان (1).

اما الحكم الثالث ، فنجد المشرع الجزائري قد أجاز بمقتضاه للمحكمة التي تتولي النظر في دعوى بطلان الشركة أن تحدد أجلاً للشركاء حتى يتمكنوا من ازالة سبب البطلان ، وحوّلها حتى منح هذا الاجل من تلقاء نفسها ، بل انه جعله أمراً جوبياً على المحكمة في الحالة التي يثبت لها انه قد تم استدعاء الشركاء في شركات التضامن أو الجمعية القائمة على ادارة الشركة في الشركات ذات المسؤولية المحدودة أو في شركات المساهمة ، لبحث ازالة سبب البطلان طبعاً لما يقضي به صريح الفقرة الثانية من المادة 736 تجاري .

المطلب الثاني

آثار الحكم الصادر بتصحيح التصرف المصيب

اذا صدر حكم بتصحيح التصرف ، فما هي الآثار التي تترتب عليه ؟
الواقع ان الاجابة على هذا التساؤل لا تتجاوز أحد أمرين : فاما أن يلجأ المدعي عليه الى تصحيح التصرف ، ومن ثم يصبح التصرف بمنأى عن البطلان لدى كان يهدده ، واما أن يرفض المدعي عليه القيام بالتصحيح بصد منه أجلاً لاجراء عملية التصحيح ، وفي هذه الحالة يسوغ لذوي المصلحة أن يتمسك بالبطلان ، فليسو تعلق الامر بشركة مثلاً فلا مناص - حينئذ - من الحكم ببطلانها ، وللتوصل اليه نرى ذلك ، يكفي ان يثبت المدعي ان الشركة لم تستجب للامر القضائي الصادر بتصحيحها (المادة 737 تجاري) .

على انه قد يحدث عكس ألا يلجأ المدعي عليه الى تصحيح التصرف ، كما ان المدعي قد لا يعمد الى التمسك بالبطلان لفترة زمنية ، فما الحكم اذن ؟

الواقع ان المشرع - نظراً لأهمية هذه المسألة - كثيراً ما يلجأ الى تحديد مدة معينة لرفع دعوى التصحيح ، فاذا لم تمارس هذه الدعوى ، ولم ترفع دعوى البطلان

(1) في تحليل هذا الحكم ، يراجع الدكتور احمد محرز / القانون التجاري الجزائري طبع 1979 ، ج 2 ، بند 69 ، ص ص 86 - 87 .

خلا لها أيضا ، فان التصرف يستقر ، ومن ثم يصبح بمثابة التصرف الصحيح ، ومن
الأمثلة التي يمكن ايرادها في هذا الصدد ما قرره المشرع الجزائري في المادة 290²
مدني من أن دعوى الإبطال للاستفلال اذا لم ترفع خلال سنة من تاريخ ابرام العقد
فان هذه الدعوى تصبح غير مقبولة ، وما نص عليه بمقتضى المادة 1738¹ تجاري
من أن الشريك ناقص الأهلية او المصيب الإرادة اذا لم يقدم برفع
دعوى البطلان خلال سنة أشهر من تاريخ انذاره فحقه يسقط
فسي رفسع هذه الدعوى .

الفصل الثالث
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

تقديم دعوى البطالة

تحليل أحكام التقادم نرى ضرورة بسط حكمه لدى المشرعين في بحث أوله
ثم بيان موقف فقهاء الشريعة الإسلامية في بحث ثان .

المبحث الأول
+++++

تقادم دعوى البطالة في التشريع الوضعي

بلجاء المشرع في كثير من الحالات الى تحديد مدة يسمح خلالها لصاحب المصلحة بممارسة حقه عن طريق رفع دعوى به أمام القضاء ، فإذا لم يتقدم برفع هذه الدعوى خلال المدة المحددة رتب المشرع على سكوته تنازله عن حقه ولكن يبقى بمستطاعه المطالبة بهذا الحق فيما بعد وهو ما يعرف اصطلاحاً بالتقادم المسقط.

.(prescription extinctive)

هذا ، ويجد ربنا أن نشير الى أن التقادم يوصى الى سقوط الدعوى دون سقوط الحق نفسه ولذلك فإن القاضي ليس له الحق في اثارة التقادم من تلقاء نفسه كما أنسب .
ملزم بالاستجابة لطلبات المدعي طالما أن المدعي عليه لم يدفع بالتقادم ، وترتيبها على هذه القاعدة الخاصة بالتقادم ، جرى العمل على التمييز بين دعوى البطلان و الدفع بالبطلان ، فبينما نكون في الحالة الأولى بصدور دعوى يرفعها شخص لأخفاء نفسه البطلان على التصرف للأسباب التي يحددها القانون ، فإن الأمر يقتصر في الحالة الثانية على مجرد دفع يستعمله المدعي عليه كسلاح لدفع دعوى الوفاء التي قد يرفعها شخص ضده ، ولذلك فإن الأمر يستدعي التمييز بين فرضين :

الفرض الأول : يتعلق بما يسمى بانقضاء دعوى البطلان ، و الفرض الثاني خاص بما اصطلح على تسميته بفسخ ، بعبارة فسخ بالبطلان ، و تعقيباً لكميل منهما مطلباً خاصاً به .

المطلب الأول

التقادم ودعوى البطلان

لقد أثار مسألة تحديد مجال أعمال التقادم تساؤلات عديدة تتمثل في البحث عما إذا كانت تسرى بشأن التصرفات كلها أو ببعضها فقط، ثم تحديد الأسس القانونية لدعوى البطلان .

وللاجابة على هذا التساؤل نرى ضرورة التمييز بين التصرفات الباطلة بطلاناً مطلقاً والتصرفات القابلة للإبطال .

أولاً: تقادم دعوى البطلان المطلق (أو الانعدام) :

لقد كانت مسألة تقادم البطلان (ملحقاً به الانعدام) مثار جدل فقهي وقضائي ، فقد اختلف الفكر القانوني حولها ، وأدى هذا الاختلاف إلى ظهور اتجاهين يتمتع كل منهما بقوة اقتناع لا يستهان بهما .

فالاتجاه الأول ينكر تقادم دعوى البطلان المطلق (و الانعدام) ومن هو لا الفقيهان : أوبري ورو اللذان يريان أن " التصرف المنعدم لا يمكن تغطيته بمسور فترة معينة من الزمن " (1) كما أن القضاء الفرنسي سبق له أن اعتمد هذا الاتجاه وان كان ذلك قد تم بصفة استثنائية ، فقد ورد في حكم لمحكمة النقض الفرنسية أن " التصرف إذا كان باطلاً بطلاناً مطلقاً كما لو تعلق الأمر بتبويض باطل لعدم وجود ثمن جدي فإن هذا التصرف لا يتمتع بوجود قانوني ، ولذلك لا يمكن أن تتم تغطيته عن طريق التقادم " (2) كما أن محكمة استئناف إيكس قد اعتمدت نفس الرأي ووضعت مبدأ مؤداه " أن البطلان المطلق لا يمكن تغطيته بمسور الزمن ، إذ أن الزمن لا يمكن أن يصحح وضماً يحظره القانون " (3) ومثل هذا المنحى نجده أيضاً في بعض التشريعات كالتشريع المكسيكي ، الذي أوضح في المادة 2224 أن التصرف القانوني المنعدم (4) لتخلف الرضا أو المحل . . .

(1) أوبري ورو / القانون المدني ، ج 4 ، بند 339 ، ص 448 .

(2) نقض مدني فرنسي بتاريخ 16/11/1932 منشور بد الوز سنة 1933 ، ص 4 ، وبسيريه لعام 1934 ، ص 1 ، مع تعليق إسمان ، وجازيت دياليسه ، لعام 1933 ، ج 1 ، ص 304 .

(3) منشور بد ج . س . ب . J.C.P. لعام 1951 ، ج 2 ، بند 5945 .

(4) يبدو أن هذا التشريع ما يزال يحث بفكرة الانعدام .

لا ينتج أي أثر قانوني... ولا يتم تصحيحه بالأجازة، كما أنه لا يخضع للتقادم ويمكن لكل ذي مصلحة أن يتمسك به. ونلاحظ نفس الاتجاه عند المشرع الإيطالي و إن كان قد وضع قيوداً على المبدأ العام بموجب المادة 1422 مدني التي نصت على أن دعاوى البطلان المطلق لا تخضع للتقادم ما لم يتعلق الأمر بأثر التملك بوضع اليد، أو تقادم دعاوى الرجوع بشأن ما دفع بخير حق.

أما الاتجاه الثاني فإن أنصاره: وإن كانوا يرون بأن المنطق يحول دون اعتماد فكرة تقادم دعاوى البطلان المطلق لأن التصرف الباطل بطلاناً مطلقاً فهو فسي حقيقته عدمه والمدم لا يمكن بحشه، كما أنه لا يمكن أن يستقر بمرور الزمن، فإنهم يقولون بوجوب الخروج عن هذا المبدأ العام، واخضاع دعاوى البطلان المطلق للقواعد العامة في التقادم لحماية الأمن الاجتماعي لأن اعتماد هذا الحكم هو وحده الذي يحقق المحافظة على الأوضاع التي تمت واستقرت بمرور الزمن.

وإذا كان هذا هو الجدل الفقهي الذي ظهر بصدده مدى إمكان ورود التقادم على دعاوى البطلان المطلق من عدمه، فما هو موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة؟ الواقع أن الاعتبارات التي قال بها أنصار الاتجاه الثاني كانت في ذهن المشرع الجزائري حين نص في المادة 102/2 مدني على سقوط دعاوى البطلان بالتقادم بقوله: "وتسقط دعاوى البطلان بحضي خمس عشرة سنة من وقت إبرام العقد مفيداً بذلك أن الأوضاع التي استقرت يجب احترامها وذلك بإسقاط دعاوى البطلان التي كان حق استعمالها مقراً للكفاية. ولكن هل يعني ذلك أن التصرف يصبح صحيحاً بمجرد مضي هذه المدة؟ أننا نعتقد عكس ذلك، ونرى أن التصرف يبقى باطلاً وبصفة دائمة، غاية ما في الأمر أن دعاوى البطلان إذا ما عرضت على القضاء فإنها لن تسمع بسبب سقوطها.

(1) الدكتور أنور سلطان / المرجع السابق، بند 238، ص 282.

(2) تراجع في هذا التعليق مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج 2، ص ص 250 - 253.

(3) وفي هذا الصدد الدكتور فني، لقد تم نظرية العقد في الدول العربية "المحاضرات المشار إليها سابقاً، ص 90، وقد أخذ بهذا الحكم كل من القانون المدني المصري (المادة 141) والقانون المدني السوري (المادة 142) والقانون المدني الليبي (المادة 141)، ولم يرد نص مقابل في القانونين العراقي والليبي، ولذا نلاحظ أكثر تراجع الدكتور السنهوري في مؤلفه / الوجيز، المرجع السابق، ص 195 هامشي (1).

وفي فرنسا لا يوجد نص صريح حول هذه المسألة، على أن الفقه - مساندة لما استقر عليه القضاء الفرنسي - يرى أن ليس هناك ما يمنع من تطبيق المبدأ العام المنصوص عليه

ثانياً : تقادم دعوى البطلان النسبي :

سبقت الإشارة الى أن المشرع الجزائري قد أخذ بفكرة القابلية للإبطال فيجسّد التصرفات الخاضعة لهذه الدرجة من البطلان قابلة للإجازة، وسيرا منه في هذا الاتجاه لم يمانع في خضوع الدعاوى المتعلقة بها للتقادم أيضاً، فقرر أنه إذا انقضت المسددة المقررة لرفع هذه الدعاوى دون أن يحرك الطرف الذي قررت لصالحه ساكناً، فإن التصرف يصير مستقراً، ومن ثم يصير بمثابة التصرف الصحيح، وقد نص على ذلك في المادة 101¹ مدني بقوله "يسقط حق إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال عشر سنوات". (1)

.../... في المادة 262 مدني فرنسي والتي جاء بها أن "كل الدعاوى عينية كانت أو شخصية تتقادم بثلاثين سنة" "Toutes les actions tant réelles que personnelles sont prescrites par trente ans".

ورتب على ذلك، أن دعوى البطلان المطلق تتقادم بحرو و ثلاثين سنة، ويراجع بلايول و ريمير و اسمان / المرجع السابق، بند 310، ص 393-394، ومارتي و رينو / المرجع السابق، بند 205، ص 185-186، و كاربونييه / المرجع السابق، بند 131، ص 195، و كولان و كابيتان / المرجع السابق، بند 774، ص 435-436.

(1) و الواقع أن مبدأ التقادم المشرى بصدد دعاوى البطلان النسبي المعتمد من طرف المشرع الجزائري ترد عليه استثناءات معينة تولى المشرع فيها تفسير مدة التقادم، فمثلاً في مجال الشركات التجارية حدد المشرع مدة التقادم كأصل عام بثلاث سنوات اعتباراً من تاريخ حصول البطلان (المادة 740 تجاري)، و ذلك ضماناً لاستقرار الشركة وحماية الأطراف المتعاملة معها.

و مما تجدر ملاحظته أن مبدأ التقادم المشرى المقرر بحقتضى المادة 101/1 مدني لا يسرى إلا بالنسبة لدعاوى البطلان النسبي، ومن ثم فإنه لا يسرى على دعاوى الفسخ، و الانفساخ و الصورية (غرفة تلتقي المرائش 1875/11/09 منشور بد الوز 1876، ج 1، ص 443).

كما أنه لا يطبق على الدعاوى التي يرفعها الغير لتقرير عدم نفاذ التصرف في مواجهتهم كالدعوى البولصية (نقض مدني 1965/01/09 منشور بد الوز 1965، ج 1، ص 19).

على أن القضاء الفرنسي قد عمد الى مد سريان مدة التقادم المنصوص عليها في المادة 1304 مدني فرنسي (التي كانت تحدد مدة تقادم دعوى البطلان النسبي بـ 10 سنوات، ثم قصرها المشرع الفرنسي بحقتضى قانون رقم : 68-5، صادر بتاريخ 1968/01/03 الى خمس سنوات) الى دعاوى بطلان الزواج بسبب عيوب الرضا، (نقض 1958/11/17 منشور بد الوز 1959، ص 18 مع تعليق هولر ^{HOLLER}) كما أنه أخضع لأحكام هذه المادة دعاوى البطلان لعدم استيفاء شرط الشكلية على الرغم من أن هذه الحالة لا تدخل في مجال تطبيقها (نقض مدني 1898/08/02 منشور بد الوز د وري لسنة 1898، ج 1، ص 553 مع تعليق جالاسون GALASSON).

واذن ، فما هو السبب الذي جعله لا يمانع في سريان تقادم دعوى الابطال ؟ وكيف يتم حساب مدد التقادم في الحالات المختلفة التي اعتبرها سببا لهذا النوع من البطلان ؟ ذلك ما نحاول تبينه فيما يلي :

(1) ما سبب لجوء المشرع الى تقصير مدة تقادم دعوى الابطال ؟

لقد سبق للفقهاء التقليدي أن تعرضوا للاجابة على هذا التساؤل وارتأى أن سلامة المعاملات القانونية واستقرارها يتطلب عدم تركها مهددة الى ما لا نهاية ، فبمسئله يحسن اتخاذ الاجراءات السريعة لتثبيت دعائهم . ولذلك فانه متى نشأ التصرف مريضاً فان الحاجة تدعو الى ازالة العلة الذي كانت السبب في مرضه ، ومن وسائل ازالة هذه العلة سكوت الشخص الذي قرر الابطال لمصلحته عن ممارسة الحق المقرر له خلال فترة زمنية يحددها المشرع ، فسكوته حتى انقضائها يكون بمثابة اقرار على اجازته الضمنية للتصرف المبرم .⁽¹⁾

وقد لقي هذا التفسير صدى لدى الكثير من الفقهاء المعاصرين ، ومنهم من هو لا ما يقرره الأستاذان : مارتى ورينو من أن سبب لجوء المشرع الى تقصير مدة التقادم في حالة البطلان النسبي مردّه الى اجازة (من قرر البطلان لمصلحته) التصرف المبرم ، اذ أنه بسكوته خلال المدة المقررة لطلب الابطال يكون قد تنازل ضمناً عن هذا الطلب .⁽²⁾

على أن هذه الفكرة التي تجد مصدرها في مبدأ سلطان الارادة لم تعد وحدها كافية لتفسير المدة القصيرة للتقادم المعتمدة تشريفاً ، فالأستاذان : بلانيول وريبيير سريان أن " أساس نظام التقادم يركز على فكرة الزمن ، وأنه يراد به تحقيق السكوت الاجتماعي ، وتصحيح الأوضاع غير المستقيمة " ⁽³⁾ ويرى الأستاذان مازو أن لجوء المشرع الى اعتماد فكرة التقادم بصدد البطلان النسبي معناه احترام ارادة الشخص الذي قرر البطلان لمصلحته وانما يراد به الاستجابة لمتطلبات النظام القانوني .⁽⁴⁾

(1) كولان ، وكابيتان / القانون المدني ، ج 2 ، بند 267 ، ص 189 .

(2) مارتى ورينو / القانون المدني ، ج 2 ، بند 206 ، ص 186 ، وفي هذا المعنى الفقيه ستارك / القانون المدني ، الالتزامات ، بند 1660 ، ص 503 .

(3) بلانيول وريبيير / المطون المدني ، ج 6 ، المرجع السابق ، بند 310 ، ص 394 .

(4) الأستاذان مازو / دروس في القانون المدني ، المرجع السابق ، ج 2 ، بند 320 ، ص 267 . هذا المعنى أيضاً فلور و أوبر / المرجع السابق ، بند 350 ، ص 271 ، راجع بهذا الصدد ما سبق تحليله بصفحة 428 من هذه الرسالة .

و اذن فان الهدف من تقصير مدة تقادم دعوى الابطال يكمن أساسا في السعي نحو تحقيق مبدأ استقرار الأوضاع والمراكز القانونية. ولتحقيق هذه الغاية، فان الأمر يستوجب تقصير المدة المقررة لرفع دعوى الابطال. ولذلك، فانه لا يسحنا بهذا الخصوص إلا أن ننتقد موقف المشرع الجزائري الذي انتهج مسلكا لا يتماشى وتحقيق مثل هذه الغاية. فمدة المشرع سنوات التي منحها لصاحب المصلحة في رفع دعوى الابطال بمقتضى المادة 101/1 مدني الاتفة الذكر تعتبر مدة طويلة في نظرنا، ولا تساعد على تحقيق مبدأ استقرار الأوضاع والمراكز القانونية المبتغى من وراء تقييد دعوى الابطال بمدة زمنية معينة. ولذلك فاننا نتمنى أن يمدل المشرع الجزائري عن هذا الموقف، وأن يلجأ الى تقصير مدة تقادم دعوى الابطال كما فعل ذلك الكثير من المشرعين نذكر من بينهم المشرع الفرنسي الذي قصر هذه المدة بخمس سنوات بعد أن كان يحددها سابقا بمشر سنوات والمشرع المصري الذي جعلها ثلاث سنوات والمشرع السوري الذي حددتها بسنة واحدة، والمشرع العراقي الذي عد الى تخفيضها بشكل ملحوظ بحيث جعل حددها أقصى حد بثلثة اشهر فقط (1).

(2) كيف يتم حساب مدة التقادم بصدد كل حالة من حالات البطلان النسبي المختلفة؟

أجابت المادة 101 مدني جزائري في فقرتها الثانية بما نصه: "وبعداً سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكشف فيه، وفي حالة الاكراه من يوم انقطاعه. غير أنه لا يجوز التمسك بحق الابطال لغلط أو تدليس أو اكراه اذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام المقد".

ان نص المادة 101 مدني جزائري يحدد المدة المقررة لرفع دعوى الابطال كما يلي:

"اذا كان سبب الابطال نقص الأهلية، فان الحق في التمسك بالابطال ينقضي بخمس عشرة سنوات من وقت بلوغ سن الرشد، ولما كانت سن الرشد في القانون

(1) تراجع في ذلك: الاستاذ الدكتور على علي سليمان / مقاله المنشور بمجلة الشرطة، العدد 30 الصادر في ماي 1986، والمحلخوة المامة لنفس المؤلف تحت عنوان "نظرة عامة حول القانون المدني الجزائري" الملقاة بوهان 05 ماي 1986 السابق الاشارة اليها، بند 8، ص 11.

المدني الجزائري هي تسع عشرة (19) سنة (المادة 40/2 مدني) ، فان الحق في الابطال ينقضي اذا بلغ الشخص تسعا وعشرين سنة من عمره ، وهذه مدة طويلة جدا ، تؤدى الى عدم استقرار المصالحات ، لذلك قصرها القانون المصري على ثلاث سنين (المادة 140/1 مدني مصري) (1) .

(ب) و اذا كان سبب الابطال هو الغلط أو التدليس أو الاكراه ، فان الحق في التمسك بالابطال ينقضي :

(1) اما بحضي عشر سنوات من الوقت الذي ينكشف فيه الغلط أو التدليس أو من الوقت الذي يزول فيه الاكراه .

(2) و اما بحضي خمس عشرة (15) سنة من الوقت الذي ابرم فيه التصرف " والمبررة في ذلك بأقصر الاجلين " (2) . فمثلا لو ابرم شخص جزائري في 01/01/1986 عقد بيع تحت تأثير غلط ، فان مقتضى النص القانوني ان دعوى الابطال تنقضي بأقصر الاجلين :

أولهما : بانقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ ابرام التصرف ، أي الى غاية : 2000/12/31 .

ثانيهما : بمرور عشر سنوات من تاريخ اكتشاف الغلط .

وعلى ذلك ، فاذا اكتشف الغلط في : 01/04/1988 تمين تطبيق الحل الثاني أي ان حقه في طلب الابطال يسقط في : 31/03/1998 باعتبار أن هذه المدة هي أقل الاجلين . اما لو اكتشف الغلط في : 01/01/1992 ، ففي هذه الحالة يتمين تطبيق الحل الأول أي ان الدعوى تنقضي بحضي خمس عشرة سنة من تاريخ ابرام التصرف لانها أقل الاجلين .

(ج) اما الاستغلال ، فان المشرع قد نص بالنسبة اليه على مدة أقصر من المحدد المقررة لرفع باقي دعاوى عيوب الرضا ، ان نص في المادة 90/2 مدني جزائري على أن الدعوى " يجب أن ترفع خلال سنة من تاريخ ابرام العقد و الا كانت غير مقبولة " . وعلى ذلك ، فان على المحكمة أن تقضي بعدم قبول الدعوى لسقوطها بالمحصاة ، المقرر في حالة ما اذا رفضها صاحب الشأن بعد ذلك .

(1) الدكتور على علي سليمان / المحاضرة المشار اليها سابقا ، بند 8 ، ص 11 .

(2) الدكتور انور سلطان / المرجع السابق ، بند 241 ، ص 285 .

وإذا ما حللنا الأحكام المقررة بالمدة التي يتمين رفع دعوى الإبطال خلالها بالنسبة لمختلف عيوب الرضا فإنه يمكننا تقديم الملاحظتين التاليتين :

أولاً هـ : أنه إذا كان المشرع الجزائري قد اعتبر المدة المقررة لرفع دعوى الإبطال لنقص الأهلية هو للفيلط والتدليس والاكراه مدة تقادم فإنه عدل عن ذلك بالنسبة الى عيب الاستغلال حيث اعتبر هذه المدة مدة سقوط ، وهو أمر له أهميته إذا ما لاحظنا أن مدة السقوط على خلاف ما هو عليه الأمر بالنسبة الى مدة التقادم ، لا تخضع لا للوقوف ولا لا نسقطاً .

ثانيهما : أن القانون المدني الجزائري قد ترك النص على حكم تصرفات الصبي المميز⁽¹⁾ أي الذي بلغ السادسة عشر سنة ولم يبلغ سن الرشد مع أنه نص في المادة 101/2 على ما يتضمن أن له الحق في طلب الإبطال ، وعلى أن هذا الحق يسقط بالتقادم الذي حدد مدته بمسشر سنين من يوم زوال نقص الأهلية .

وبصفة عامة ، فإن الحق في طلب الإبطال ينقضي بخضي عشر (10) سنوات من يوم زوال سبب القابلية للإبطال أو بخضي خمس عشرة (15) سنة من وقت إبرام التصرف كحد أقصى بالنسبة الى الصوب الثلاثة : الفيلط والتدليس والاكراه ، وبخضي هذه المدة ، يصبح التصرف صحيحاً بعد أن كان مشوباً بأحد الصوب التي تجعله قابلاً للإبطال ، وهو في ذلك يشبه الإجازة للتصرف القابل للإبطال ،

(1) وقد استدرك المشرع الجزائري هذا النقص في قانون الأسرة رقم : 84-11 الصادر بتاريخ 09 جوان 1984 في المادة 83³ غنص على مايلي : " من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقاً للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له ، وباطلة إذا كانت ضارة به ، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر ، وفي حالة النزاع يرفع الأمر الى القضاء " .

الأمر الذي يفيد أن تصرفات ناقص الأهلية إذا كانت دائرة بين النفع والضرر تكون قابلة للإبطال ، وقد سبق لنا بيان حكم تصرفاته من حيث صحتها صحتها 249 وما يليها من هـ هـ هـ الرسالة

المطلب الثاني

التقادم والدفع بالبطلان

تظهر أهمية الدفع بالبطلان في حالتين : حالة البطلان المطلق وحالة البطلان النسبي (1).

أولاً : التقادم والدفع بالبطلان المطلق :

إذا كانت دعوى البطلان المطلق تتقادم بمرور فترة زمنية معينة ، فهل يستتبع على تقادمها سقوط الحق في الدفع بالبطلان ؟

للإجابة على هذا السؤال ، ذهب القضاء الفرنسي منذ أمد بعيد إلى أن تقادم دعوى البطلان لا يؤدي إلى سقوط الحق بالدفع بالبطلان (2) مستنداً إلى خلوص القانون المدني من نص صريح يقرر ذلك (3).

ويرى الأستاذ جوديميه أن هذه القاعدة تجد مصدرها في القانون الروماني ممتلئاً رأيه بأن عدم سقوط الدفع بالبطلان في القانون الروماني كان نتيجة للطبيعة الخاصة لدعوى التدليس ، فقد كانت هذه الدعوى جسيمة وذات طابع مستوجب للمصارف ولم يكن يسمح بممارستها إلا للأشخاص الذين يفقدون أي سبيل آخر لحمايتهم ، وبذلك فإن هذه الدعوى كانت ذات طابع احتياطي تمنح للمدين إذا كان ضحية تدليس ليتوفى بها دعوى الوفاء التي قد يرفعها عليه الدائن حالة عدم تنفيذها لالتزاماته (4). ويرى بعض الفقهاء - وهو بصدد تبريره لاعتماد هذا الحكم حديثاً من طرف القضاء - أن تقرير هذه القاعدة يكمن في رغبة القضاء الفرنسي في إعفاء المدين من رفع دعوى البطلان إذ يمكنه أن يمتنع عن تنفيذ التصرف الباطل

- (1) هذا وتجدر الإشارة إلى أن الدفع بالبطلان سواء أتملق الأمر ببطلان مطلق أو ببطلان نسبي لا يرد بصدد مدة السقوط (délai préfix) لأن هذه المدة قررها المشرع سعياً منه إلى تحقيق الصالح العام واستقرار المعاملات القانونية. يراجع غرفة تلقي المصرائف ، 6 مارس 1939 منشور بد الوز الدوري لسنة 1939 ص 339 ، ونقض مدني 29 مارس 1950 منشور بد الوز لسنة 1950 ص 396.
- (2) غرفة تلقي المصرائف 1946/12/01 منشور بد الوز الدوري لعام 1847 ج 1 ص 5 ، وبسبب ربه لعام 1847 ج 1 ص 289.
- كما يراجع في هذا المعنى أيضاً : محكمة استئناف باريس 1966/01/02 منشور بد الوز الدوري لعام 1966 ج 2 بند 14660 مع تعليق برينوبو كاريما Bruno Boccaria ، ونقض مدني (فرنسي) 1967/02/27 منشور بد الوز الدوري لعام 1967 ج 1 ص 58.
- (3) مارتى ورينو / المرجع السابق ، بند 209 ص 189.
- (4) الأستاذ جوديميه / النظرية العامة للالتزام ، المرجع السابق ص 187.

فإذا ما طالبه الدائن بالتنفيذ دافع عن نفسه باستعمال حق الدفع بالبطلان ، وفي حين أن الدفع بالتقادم لو كان يسقط بعضى المدة لسكان المدين دائما ملزما باتخاذ اجراءات رفع دعوى يطلب فيها الحكم بالبطلان⁽¹⁾ ، ولأن القول بعدم السماح للمدين بالدفع بالبطلان يؤدى به الى ضرورة تنفيذ طلبات المدعي ، وهو أمر مما لا شك فيه ينطوى على تناقض واضح إذ أنه سيلزم بالوفاء بالتزام لا وجود له من الناحية القانونية⁽²⁾ .

وقد وجد هذا اثرأى صده لدى التشريع والقضاء^{الحديثين} ، فقد سكت التقنين المدني المصري عن ايراد نص يقرر سقوط الحق في تقادم الدفع بالبطلان ، لكن محكمة النقض المصرية أكدت في حكم حديث لها أن " المقعد الباطل يظل معدوما ولا ينقلب مع الزمن صحيحا ، وإنما تتقادم الدعوى به فلا تسمح بعدم مضي المدة الطويلة ، أما إذا أثير البطلان كدفع ضد دعوى مرفوعة بالمقعد الباطل فلا تجوز مواجهته بالتقادم⁽³⁾ " .

ولقد تأثر المشرع الجزائى بدوره بهذا الرأى ، إذ جاء التقنين المدني خلوا من نص يقرر سقوط الدفع بالبطلان بالتقادم على غرار التقنينات الأخرى .

وترتيبا على ذلك ، فلو قام شخص بالتصرف في منزله لا آخر بالبيع بموجب عقد بيع باطل ، ومرت على هذا المقعد - فرضا - خمس عشرة سنة دون أن يقوم البائع بتسليم المبيع ، فإن البائع لا يستطيع رفع دعوى مبتدأة ببطلان البيع لأن دعوى البطلان قد سقطت بالتقادم ، غير أنه إذا طالبه المشتري بتسليم المبيع المبيعة كان من حقه أن يدفع ببطلان البيع على الرغم من انقضاء خمس عشرة سنة لأن الدفع بالبطلان دون دعواه لا يسقط بالتقادم⁽⁴⁾ .

(1) مارتى ورينو / المرجع السابق ، بند 209 ، ص 189 .

(2) ريمبر وبولانجيه / الجزء السادس ، المرجع السابق ، بند 856 ، ص 291 .

(3) نقض مدني 1957/04/11 ، مجموعة أحكام النقض ، 8 ، رقم 41 ، ص 404 ، مشار اليه في مؤلف الدكتور السنهوري / الوسيط ، ج 1 ، المرجع السابق ، ص 573 ، هامش (1) .

(4) الدكتور السنهوري / الوسيط ، ج 1 ، المرجع السابق ، بند 320 ، ص 573 ، والدكتور محمد حسني عباس / نظرية المقعد والارادة المنفردة ، القاهرة 1954 ، ص 104 - 105 .

ولكن لو فرض في المثال السابق أن البائع قد سلم البائع إلى المشتري فمما الحكم؟

يجيب الفقه على ذلك بقوله: إن الأمر لا يعدو أن يكون واحداً من فرضين:

الأول: أن يرفع البائع دعوى البطلان وهي دعوى شخصية سهلة الإثبات.

الثاني: أن يرفع دعوى الاستحقاق باعتباره مالكا وهي دعوى عينية عسيرة الإثبات. فإذا كانت مدة التقادم لم تنقض بعد، فمن الأيسر للبائع رفع دعوى البطلان لأنها دعوى شخصية سهلة الإثبات، أما إذا كانت مدة التقادم قد انقضت فلا يجوز للبائع رفع دعوى البطلان لسقوطها بالتقادم لأن المشتري سيمسك في مواجته بسقوط هذه الدعوى بمضي المدة، ومن ثم لا يبقى أمامه سوى دعوى الاستحقاق، لأن هذه الدعوى لا تسقط بالتقادم ويستطيع عن طريقها استرداد البائع ما لم يكن المشتري قد تملكه بالتقادم المكسب (1).

ثانياً: التقادم والدفع بالبطلان النسبي:

إذا انقضت المدة القانونية التي حددتها المادة 101 مدني جزائري والمادة 2/90 مدني جزائري، ولم يستعمل صاحب الحق حقه في طلب الإبطال اعتبر متنازلاً عن حقه، واستقر التصرف وانقلب صحيحاً مرتباً لكل آثاره، ويمتنع بعد ذلك على صاحب الشأن أن يتمسك بالإبطال بطريق الدعوى أو بطريق الدفع، ذلك أن المشرع قد منح الدفع لصاحب الشأن سواء أكان ناقض الأهلية أم معيب الرضا واشترط أن يستعمله في مدة معينة، فإن لم يستعمله في تلك المدة يفترض أنه قد تنازل عنه، فلا يستطيع بعد ذلك أن يتمسك به ولو بطريق الدفع (2).

وتجدر الإشارة إلى أن الدفع بالإبطال في العقد القابل للإبطال يختلف عن الدفع بالبطلان في العقد الباطل لأن الدفع في الحالة الأولى هو في حقيقته دعوى إذ يتخذ من ناحية الإجراءات صورة دعوى فرعية يقيمها المدعي عليه ويطلب فيها إبطال العقد، أما الدفع في الحالة الثانية فهو دفع محض من سماحية الموضوع ومن ناحية

(1) الدكتور أنور سلطان / المرجع السابق، ص 239، ص 283 - 284، وفي هذا المعنى أيضاً الدكتور أبو ستيت / المرجع السابق، ص 255.

(2) الدكتور أنور سلطان / المرجع السابق، ص 240، ص 284 - 285.

الاجراءات ، ومن ثم ، فالدفع بالابطال يتقادم لأنه دعوى ، والدعوى يرد عليها التقادم ، أما الدفع بالبطلان فلا يتقادم لأنه دفع والدفع لا يتقادم (1)

البحث الثاني

التقادم في الفقه الاسلامي (أو عدم سماع الدعوى)

الجدل الفقهي حول فكرة التقادم (2)

لقد تعرض فقهاء الشريعة الاسلامية في بحوثهم للتقادم ، وان كانوا يدرسونه عادة تحت عبارة " عدم سماع الدعوى بمرور الزمان " ، أو " وضع اليد مدة طويلة (3) وباستقراء تحليلات الفقهاء المسلمين الذين تعرضوا لهذه المسألة نلاحظ انهم قد قصروا تحليلاتهم في الغالب على تقادم الحقوق الميضية ، وانهم قد تفرقوا في ذلك الى فريقين :

الفريق الأول : يقول بوجوب استبعاد فكرة التقادم كلية ، وبأن وضع اليد على الشيء اذا ما طال أمده يمكن اعتباره سببا للملكية ولكنه لا يكون مبنيا لها ، وأن ترك المطالبة بالحق لمدة طويلة لا يعتبر مسقطا لهذا الحق لأن الحق لا يزول مهما يتقادم أو يستطول به الزمن (4) لأن كل حق في أصله أبدى ، ولا يمكن أن يزول إلا بتوافر سبب مشروع يستوجب هذا الزوال ، وبدونه لا يجوز لأحسب أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي ، وقد وجد هؤلاء الفقهاء مستندا لهم فيما روى عن

(1) الدكتور المنهري / الوسيط ، ج 1 ، ص 576 ، هامش (1) .

(2) في تحليل مصطلحات الجدل الفقهي ، راجع : الأستاذ أحمد أبو الفتح / المعاملات في الشريعة الاسلامية ، ج 1 ، الطبعة الثانية ، ص 104 وما بعدها ، والاصحاح في مسائل أبو زهرة / الملكية ونظرية الحقد في الشريعة الاسلامية ، المرجع السابق ، ص 160 وما بعدها ، والدكتور وهبة الزحيلي / الفقه الاسلامي وأدلته ، المرجع السابق ، الجزء 4 ، ص 69 ، و ص ص 336 - 338 ، ج 5 ، ص 502 ، وموفقه ، نظرية الضمان في الفقه الاسلامي ، أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الاسلامي ، ط 2 ، دمشق ، والأستاذ : الدكتور محمد عبد الجواد / الحيازة والتقادم في الفقه الاسلامي ، مشار اليه في مؤلف الدكتور وهبة الزحيلي / الفقه الاسلامي وأدلته ، ج 4 ، ص 69 ، الهامش (3) .

(3) أبو زهرة / المرجع السابق ، ص 160 .

(4) أبو زهرة / المرجع والوضع السابقان .

رسول الله صلى الله عليه وسلم من أنه قال : " لا يهطل حق امرئ مسلم وان قدم " (1) فاستخلصوا من ذلك قاعدة مؤداها أن الحق لمالك الشيء يثبت له ولا يزول بوضع يد الغير عليه ولو طال الزمان (2)

وأما الفريق الثاني فيذهب أنصاره الى القول بخلاف ذلك ، ويمثلون رأيهم بأن القضاء اذا كان مختصا - بحسب الأصل - بنظر كل الخصومات التي تعرض عليه ، فإن ذلك لا يحول دون حق ولي الأمر في تقييد سلطات القاضي بمنحه من نظير منازعات معينة لا سببا متعلقة بالمكان أو بالزمان أو بنوع الخصومة . واذن ، فاذا ما تعلق الأمر بمنازعة تدخل في عداد المنازعات التي يمنح القاضي من نظرها فلا يكون أمامه سوى عدم سماعها ، وقد أورد أنصار هذا الاتجاه حجتين :

أولاهما : ان التقادم يجد سنداً له في السنة النبوية ، ومن ذلك ما رواه سعيد بن المسيب عن زيد بن أسلم عن أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال : " من حاز شيئا على خصمه عشر سنين ، فهو أحق به منه " (3) وهذا الحديث أخذ به الامام مالك ، خلافا لمعظم أصحابه ، فمنعده ، أن حق الملكية يسقط بالحيازة ، وأن الثمار قابلة للتملك بالحيازة أيضا (4)

ثانيهما : ان التقادم لا يعنى سقوط الحق عن صاحبه ولكنه يعتبر ما نعتما للقاضي من سماع الدعوى بحق قديم أهمل صاحبه الادعاء به والمطالبة به زمنا طويلا دون أن يمنعه عن اقامة الدعوى أى عذر شرعي ، ككونه مريضا أو مصابا بجنون أو قاصرا أو غائبا أو خائفا من جبروت واضح اليد وبطشه (5) لأن مرور الزمن يوصل الى الشك في أصل الحق ذاته ، ويصعب على المطالب به اثباته ، فضلا عن أنسه يمس الأوضاع المستقرة .

واذن ، فيخلص لنا أن أقصى ما أعطته الشريعة الاسلامية من قوة للتعاطل في المطالبة بالحق أنها جعلته سببا في منع سماع الدعوى ، مع الأخذ بعين الاعتبار أن عدم سماع الدعوى مقيد بانكار الحائز للشيء المصطنع السلب به ، أما اذا أقر الحائز

(1) أورده الشيخ أحمد أبو الفتح في مؤلفه / المعاملات في الشريعة الاسلامية ، ص 104 .

(2) أبو الفتح / المرجع والموضع السابقان .

(3) أورده الدكتور وهبة الزحيلي في مؤلفه الفقه الاسلامي وأدلته ، الجزء الخامس ، ص 502 .

(4) الدكتور وهبة الزحيلي / المرجع والموضع السابقان .

(5) الشيخ أبو الفتح / المرجع السابق ، ص 106 .

للشيء بمسئولية من يطالب به فان الحق يبقى ثابتا لصاحبه ، وتسمع الدعوى المرفوعة به .

وإذا ما قارنا بين الاتجاهين السالفي الذكر قديماً ولأول وهلة أسهما ^{متجانسان} ولكنهما في الواقع لا يوجد أي تناقض بينهما وأن كلا منهما له ما يبرره ، ذلك أن السراي الأول يكون واجب التطبيق في حالة ما إذا كنا نعيش في زمن يسود مجتمعه مبدأ الاخلاص ، والثقة في المعاملات ، بينما للرأي الثاني دعت الحاجة اليه بمسند أن فشما الاستيلاء على حقوق الناس بالباطل ، وكثرت شهادات الزور ، فأصبح تدخل ولي الأمر أمراً ضرورياً عملاً لنظرية المصالح المرسله التي تعطي الحاكم الحق في اتخاذ التدابير القضائية المناسبة لاقرار الحقوق وإيجاد القضاء عمن الخوض في خضم المشكلات المعقدة لاثبات حقوق قديمة العهد ، يترتب عليها المساس بالأوضاع القانونية المستقرة ، لذلك تبنى هذا الاتجاه فكرة التقادم المعتمدة في ظل الأنظمة القانونية الوضعية الممارسة .

مدة تقادم سماع الدعوى :

اختلف الفقهاء في تحديد مدة تقادم سماع الدعوى ، فحددها بعضهم بستت وثلاثين سنة ، وحددها البعض الآخر بثلاثين سنة ، وأكثرهم توسط فجعلها ثلاثاً وثلاثين سنة⁽¹⁾ غير أن حكام السلطنة العثمانية أيام أوج عزها ، استطالوا هذه المدة ورأوا بما لهم من حق تخصيص القضاء بالزمان والمكان والحادثة أن ينضموا سماع الدعوى إذا مضت مدة خمس عشرة سنة⁽²⁾ واستثنى أكثر سلاطينهم من هذه المدة الوقف والميراث ، وبعضهم استثنى مال اليتيم أيضاً ، فجعلوا المدة المانعة من سماع الدعوى محددة بخمس عشرة سنة في كل الأضية ما عدا الوقف والميراث⁽³⁾ .

- (1) أبو زهرة / المرجع السابق ، ص 161 .
- (2) أصدر سليم الثالث (1761 - 1808) سلطان الدولة العثمانية ، (ابن أخ عبد الحميد) أمراً بمنع سماع الدعوى بخمس عشرة سنة هجرية من تاريخ إبرام التصرف في جميع الأضية ما عدا الوقف والميراث فأبقى ما قرره الفقهاء من أن الدعوى لا تسمع إلا بمسند ثلاث وثلاثين سنة .
- (3) وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا الحكم بالنسبة للحقوق الميراثية فنص في المادة 829 مدني على أنه " لا تكتسب بالتقادم في جميع الأحوال الحقوق الميراثية إلا إذا دامت الحياة ثلاثاً وثلاثين سنة " . كما أن المشرع المصري نص في المادة 970 مدني الممدلة بقانون رقم 39 لسنة 1959 على ما يأتي " في جميع الأحوال لا تكتسب حقوق الإرث بالتقادم إلا إذا دامت الحياة مدة ثلاث وثلاثين سنة " .

هذا ، وبدأ تقادم الحقوق قد كتب له الغلبة في الوقت الحاضر لأنه يتمشى
 وفكرة المصالح المرسله ، ويعتبر وسيلة فعالة لاستقرار الأوضاع القانونية ، ولذلك
 لا غرابة في أن نجد الفقهاء تبنوا هذا المبدأ ، وأعطوه عناية فائقة ومن بينهم
 وأنصح مرشد الحبران ، الذي تناول أحكامه في ست مواد من 256 الى 261 ونحن
 نقتصر على إيراد المادة 256 التي جسمت المبدأ العام في التقادم فجاء نصها على
 النحو الآتي : " دعوى الدين أياً كان سببه ، لا تسمح على منكر الدين بحسب
 تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة ، فان تركها المدعي بعذر بأن كان غائبا
 مسافة القصر (1) أو كان صبياً ، أو مجنوناً وليس له ولي أو وصي فإنها تسمح ما لم
 تضي هذه المدة بعد حضور الغائب من سفره ، أو بلوغ القاصر رشداً ، أو أفاقه
 المجنون من جنونه " . وقد كان لهذا الصدى تأثير لدى مشرعي بعض السدول
 الإسلامية ومن بينهم المشرع العراقي الذي تبنى هذا الحكم فنص في المادة 429
 مدني على مرور الزمان المانع من سماع الدعوى سواء أكان موضوعها حقاً عينياً أم
 شخصياً بقوله : " الدعوى بالتزام أياً كان سببه لا تسمح على المنكر بعد تركها من
 غير عذر شرعي خمس عشرة سنة مع مراعاة ما وردت به أحكام خاصة " .

ومؤدى هذا النص أن المشرع العراقي أخذ بالمبدأ العام الذي يقضي بمنع
 سماع الدعوى على المنكر لحق شخصي اذا تركت الدعوى بدون عذر شرعي مدة خمس
 عشرة سنة (2)

مدى اعمال فكرة التقادم في اطار التصرفات غير الصحيحة :

اذا ما رجعنا الى ما قرره فقهاء الشريعة الإسلامية في اطار التصرفات غير الصحيحة
 سواء أقصرناها على التصرفات الباطلة أم أخذنا الى جانبها بالتصرفات الفاسدة طبقاً
 لتقسيم فقهاء المذهب الحنفي ، فإننا نلاحظ أن الحكم عند هم هو عدم تقادم هذه التصرفات
 أي أن التمسك بعدم صحتها لا ينقضي بمرور الزمن ، ذلك أن التصرف السباطل
 يبقى باطلاً في كل الحالات لأن الباطل معدوم ومن ثم لا يمكن أن ينقلب صحيحاً
 بمرور الزمن مهما طال مدته ، أما التصرف الفاسد فإنه وإن كان بدوره لا يمكن
 أن يكون محلاً للتقادم فإنه يبقى قابلاً للفسخ شرعاً أي كانت المدة التي انقضت منذ

(1) مسافة القصر كانت محددة بسفر مدة ثلاثة أيام ، وحددها المحدثون
 بحوالي 90 كلم .

(2) الدكتور عبد المجيد الحكيم / الموجز في شرح القانون المدني العراقي / الجزء
 الأول في مصادر الالتزام ، طبعة ثانية 1969 ، ص 279 .

تاريخ ابرام⁽¹⁾ فيجوز لكل من الطرفين أن يتمسك بفسخه كما يجب على القاضي أن يعمل على فسخه بمجرد العلم به وَلَوْ لَمْ يَتَقَدَّم أَحَدُ أَمَامِهِ بِهَذَا الطَّلَبِ⁽²⁾

ومن خلال تحليلنا لأحكام التقادم لدى فقهاء الشريعة الإسلامية يتضح لنا أن الفقهاء المسلمين قد لمبوا دوراً هاماً في هذا المجال . فقد أوضحوا أساس التقادم ، وبينوا نطاق اعماله ، ومدده ، وآثاره . كما أن تحليلنا لأحكام التقادم في الفقه الإسلامي كشف لنا عن أن الأصل العام يقضي بعدم سريان التقادم بشأن التصرفات غير الصحيحة ، لكن سلاطين الدولة العثمانية - أخذاً بنظرية المصالح المرسلة - ارتأوا الخروج عن هذا المبدأ نظراً لتغير أحوال الأمصار الإسلامية خاصة بعد أن فشلت فيها شهادات الزور ، وكشعروا الجسمون بها ، فقرروا تقييد رفع الدعوى بحدّة معينة ، فإذا لم يتحرك صاحب المصلحة خلالها كانت دعواه عرضة لعدم سماعها .

وقد كان لهذا المنحى أثره على تشريعات الدول العربية الحديثة التي خرجت على الأصل العام ، وأخذت بحدّ التقادم دعوى البطلان متى رفعت بصفة مبتدأة ، فقصرت مدة التقادم إلى خمس عشرة سنة مخالفة بذلك ما هو مقرر في القانون الفرنسي الذي يحدد هذه المدة بثلاثين سنة . كما أنه لا يمتزب عنا أن التشريعات العربية قد نصت على أن التقادم في الحقوق الميراثية لا يتم إلا بانقضاء ثلاث وثلاثين سنة ، وهي بهذا الاتجاه تكون قد أخذت بتوقيت اجتهاد الفقهاء المسلمين بالنسبة إلى الحقوق الميراثية ، وتوقيت ما لَوَلِيَّ الأمر من سلطة تخصيص القضاء في ظل السلطنة العثمانية بالنسبة لمطلق الأفضية الأخرى .

(1) الأستاذ : وهبة الزحيلي / الفقه الإسلامي وأدلته ج 5 ، المرجع السابق ، ص 284 .

(2) الشيخ مصطفى أحمد الزرقاء / المدخل الفقهي العام ج 2 ، طبعة سابعة ، ص 736 .

خاتمة الرسالة

عرضت في هذه الرسالة لموضوع نظرية بطلان التصرف القانوني في فقه القانون الوضعي وفي الفقه الاسلامي ، وذلك في مقدمة وباب تمهيدى ، وفي قسمين ، اوضحت في المقدمة التطور التاريخي لنظرية البطلان وخصصت الباب التمهيدي لمحاولة وضع نظرية عامة تحكم التصرف القانوني بوصفه موضوعا للبطلان ، وحللت في القسم الأول الجدل الفقهي الذي ظهر بصدد نظرية بطلان التصرف القانوني في ظل فقه القانون الوضعي ولدى فقهاء الشريعة الاسلامية ، ثم حاولت تبين موقف المشرع الجزائري من هذا الجدل الفقهي الصاخب . وتناولت في ثانيهما بالتحليل علاقته بالأنظمة المقارنة له ، وطبيعة الأحكام القضائية الصادرة بصدد البطلان ، وتعرضت للآثار التي تترتب على بطلان التصرف القانوني ، وللأحكام التي تتعلق بهذا البطلان .

ومن خلال هذه الدراسة التي نالت مني الكثير من الجهد ، توصلت الى النتائج التالية :

أولاً : بدالي أنه لا مانع من وضع نظرية عامة تحكم التصرف القانوني . ونسبنا اننا لا ننكر ان فقهاء القانون الوضعي - وخاصة الفرنسيين منهم - لم يخطوا لهذه المحاولة كل الأهمية التي تستحقها ، نظرا للتباين الذي طرأ على دراساتهم ، إذ ان البعض منهم قصر أهميته على المقد وحده وقلما اعترف لارادة المنفردة بقدرتها على أن تقوم كمصدر مستقل الى جانب المقد ، في حين ان البعض الآخر منهم حاول أن يؤسس كل التصرفات الارادية على الارادة وحدها ، الى حد أنه اعتبر المقد نوعا من تجانس الارادات المنفردة لأطرافه دون أن يؤدى هذا التجانس الى تمازجهما .

واذا كان هذا الجدل الفقهي يعتبر من مميزات الفقه الغربي ، فان هذا الجدل يعتبر من بين سمات الفقه الاسلامي أيضا ، فالفقهاء المسلمون - كما اتضح لنا - قد تشيخوا فرقا بهذا الصدد ، فذهب فريق منهم الى التوسيع من ماهية التصرف القانوني بحيث جعلوه شاملا لكل من التصرفات القولية (أى التصرفات الثانوية بالمعنى المتعارف عليه في ظل فقه القانون الوضعي) والتصرفات الفعلية (أى الوقائع المادية) ، وذهب جانب آخر الى قصر التصرف

القانوني على التصرفات القولية وحدها وجعلها شاملة لكل من المقدم باعتباره
حصيلة تطابق ارادتين ، والارادة المنفردة . ولذلك أثر عنهم " ان كل عقد
تصرف ولا عكس " .

على أن هذا الجدل الفقهي لا يمنعنا من القول بان فكرة التصرف القانوني
قد أصبحت واضحة المعالم حاليا ، خاصة بعد أن اتسع نطاق تدخل الارادة
المنفردة وأصبحت الوسيلة الوحيدة الكفيلة بتفسير الكثير من الحالات
القانونية وان كان هذا التدخل محدود النطاق كما ونوعا اذا ما قورن بمجال
تدخل المقدم .

ثانياً : ان اتساع تدخل الارادة المنفردة قد ترتب عليه اتساع في نطاق تدخل
نظرية البطلان بحيث انها لم تعد تقتصر على المقدم بل تجاوزته الى نطاق الالتزام
بالارادة المنفردة ، وان كانت الأسباب المؤدية الى بطلان الالتزام بالارادة
المنفردة تختلف أحيانا عن الأسباب المعتمدة عادة في اطار المقدم ، كما هو
الامر بالنسبة الى ركن التراضي فمثل هذا الركن لا يمكن تصويره في اطار
الالتزام بالارادة المنفردة لان المفروض ان هذه الارادة ترتب آثارها المقصودة
منها دون حاجة الى اقترانها بارادة أخرى .

ثالثاً : ان موضوع بطلان التصرف القانوني قد لقي عناية قصوى من الفقهاء
الفريسيين الذين تفننوا في صياغة الكثير من النظريات في هذا الصدد ، وقد
ترتب على اجتهاداتهم ظهور نظرية تقليدية تنادي بجعل درجات البطلان أنواعا
ثلاثة : انعدام ، فبطلان مطلق ، فبطلان نسبي .

غير أنه نظرا للانتقادات البناءة التي وجهت اليها جعلت أنصارها يسترشدون
بها ، وكان ذلك مدعاة لتطورها ، وذلك باحلالها تقسيما ثنائيا للبطلان محل
التقسيم الثلاثي الذي كانت تقول به ، قوامه اعتبار البطلان اما مطلقا واما
نسبيا ، وشعارها أنها تبنت معيارا عدديا بمقتضاه يتم تصنيف حالات البطلان
وتوزيعها بين كلا النوعين .

والى جانب هذه النظرية ظهرت نظريات أخرى اصطلح على وصفها بالنظريات
الحديثة ، تفرق القائلون بها شعبا أربعة ، فمن قائل بتمدد درجات البطلان
الى مناد بوحدة البطلان ، والى مطالب باعتماد فكرة البطلان من نوع خاص ،

والى ممتد لتقسيم ثنائي للبطلان مع احلال ضابط المصلحة محل الميسار المددى الذى كانت تقول به النظرية التقليدية .

نعم ، ان هذا الجدل الفقهي قد سيطر على الفقهاء الغربيين ونسأل اهتمامهم ، بحيث وضعوا له دراسات متخصصة ، وبسطوه في ظل المؤلفات العامة التي ضموها النظرية العامة للالتزام . غير أن هذه العناية قل ما وجد لها مثل هذا الصدى لدى الفقهاء العرب ، اذا ما استثنينا بعض الدراسات المتخصصة التي يمكن عدها على اطراف الأصابع ، فاننا نلاحظ ان نظرية بطلان التصرف القانوني لم تلق العناية الكافية الى الآن وحتى في ظل المؤلفات العامة المتعلقة بنظرية الالتزام .

وانا كان الفقه العربي المعاصر يفتقر الى دراسة متخصصة لنظرية بطلان التصرف القانوني ، فان الفقهاء المسلمين القدامى قد عرضوا لهذه النظرية ، وقرروا أن التصرفات نوعان : اما صحيحة واما غير صحيحة ، وحددوا التصرفات الصحيحة بالتصرفات النافذة اللازمة وبالتصرفات النافذة غير اللازمة ، وجعلوا هذه الأخيرة شاملة لما اصطلح على تسميته بالتصرفات الموقوفة ، والتصرفات السني اقتن بها أحد الخيارات يمثل اهمها في خيار العيب ، وخيار الرد ، يسمة ، وخيار الشرط .

والى جانب التصرفات الصحيحة ، وضع الفقهاء المسلمون طائفة التصرفات غير الصحيحة ، وهي تصرفات تتنوع لدى فقهاء الحنفية الى تصرفات باطلة وهي التي تكون غير مشروعة بأصلها وبوصفها ، والى تصرفات فاسدة وهي التي تكون غير مشروعة بوصفها دون أصلها ، وتحتصر لدى بقية فقهاء المذاهب الإسلامية في طائفة واحدة من التصرفات هي التصرفات الباطلة وحدها .

هذا ، ونحن بصدد التقسيمات التي وردت على البطلان فاننا نشير الى أن الفقهاء المسلمين بابتكارهم فكرة التصرفات الموقوفة قد وصلوا الى درجة من الصياغة الفنية لم يتوصل اليها فكر فقه القائلون بالوضعي حتى الآن ، وذلك ان المقدر هو ان التصرف الموقوف غير قادر على انتاج أى أثر قانوني الى حين صدور اقراره من يملكه شرعا ، وهو حكم - كما هو واضح - تضمن مبدأ استقبحرار الأوضاع القانونية ، وذلك على خلاف فكرة التصرف القابل لابطال الممتدة فسي

ظلل فقه القانون الوضعي والتي بمقتضاها يمتنر التصرف قادرا على ترتيب آثاره القانونية كما لو كان صحيحا ، غير أن هذه الآثار تبقى مضطربة لأن التصرف الذي أدى الى ترتيبها يبقى مهددا بالزوال طالما أنه لم يستقر بالاجازة أو بطلب الابطال وليس يخفى أن هذا الوضع المضطرب للتصرفات القابلة للابطال ينطوى على تهديد لجدا استقرار الأوضاع القانونية .

رابعاً : ان تحليل الأحكام التي وردت في القانون الجزائى بشأن بطلان التصرفات القانونية يكشف عن أن مشرعنا قد أخذ بمعطيات النظرية التقليدية أصلا وذلك باعتداده التقسيم الثنائي القائم على جمل البطلان اما مطلقا واما نسبيا ، متنبيا في ذلك معيارا عدديا ، وهو معيار ارتائينا وجوب تكملته بمميزات المصلحة نظرا لقصور المعيار العددي وعدم قدرته على مواجهة كل حالات البطلان .

واذا ما حللنا المعيار العددي الذي أخذ به المشرع الجزائى فاننا نلاحظ أن البطلان يكون مطلقا اذا ما تخلف في التصرف أحد أركانه المتمثلة في التراضي اذا ما تعلق الأمر بمقد ، والرضا في اطار التصرفات الصادرة بالارادة المنفردة ، والمحل ، والسبب ، والشكل بالنسبة الى التصرفات الشكلية . ويكون البطلان نسبيا اذا خلا التصرف من شرطي صحته المتمثلين في كمال الأهلية وخلصه موارادة المتصرف من عيوب الرضا المحددة في القلط والتدليس والاكراه والفبسن الاستغلاي ، وان كانت الحاجة تدعو الى ملائمة ذلك مع المعطيات الخاصة بالتصرف بالارادة المنفردة كما هي الحال بالنسبة الى الاكراه اذ لا يمكن تصور صدوره الا من الغير على عكس ما يحدث عملا في مجال العقد .

والى جانب موقف مشرعنا في تنبيهه للتقسيم الثنائي للبطلان الذي قال به دعاء النظرية التقليدية في معطياتها المتطورة ، اتضح لنا أن المشرع الجزائى قد تبنى صورتين تطبيقيتين لفكرة البطلان من نوع خاص تتمثلان في بيع ملك الغير ، وبطلان الشركة .

خامساً : وتماشيا مع ما ارتائناه من ضرورة الانطلاق من تقسيم ثنائي للبطلان فقد خلصنا من هذه الدراسة الى النتائج الثلاث التالية :

فاما النتيجة الأولى فمؤداها ان البطلان يكون مطلقا في حالة عدم استجماع

التصرف لكل أركانه أوبعضها . وتندرج ضمن البطلان المطلق الحالات الآتية :

(1) اجراء التصرف من شخص لا أهلية له ، لصغر في السن ، أو لاصابته بمرض جنون أو عته .

(2) فقدان التصرف لركن التراضي ان تعلق الأمر بمقد ، ولركن الرضا بالنسبة الى التصرف بالارادة المنفردة ، أو للمحل ، أو للسبب ، أو لشروطهما .

وقد اتضح أثناء تحليلنا للمقد أن هناك فرقا بين محل المقد ومحل الالتزام ، وان مشروعنا في نصوص القانون المدني قد عني محل الالتزام كمسا اتضح لنا في مجال السبب أن له معنيين ، فقد يراد به المعنى التقليدي ، أي السبب المباشر ، وقد يراد به المعنى الحديث أي الباعث الدافع الى اجراء التصرف .

(3) اغفال الشكل بالنسبة الى التصرفات الشكلية .

(4) الى جانب اعتماد البطلان كجزء يتمين تطبيقه بالنسبة الى كل الحالات التي أورد المشرع بشأنها نصا خاصا سواء في القانون المدني أو في أى فرع من فروع القانون .

وأما النتيجة الثانية فمضمونها أن البطلان يعتبر نسبيا اذا ما كان التصرف قد تم اجراؤه ، من طرف شخص ناقص الأهلية ، أو من شخص شاب ارادته أحد عيوب الارادة المتمثلة في الغلط والتدليس والاكراه والغبن الاستفلا لي ، أو أورد المشرع نصا خاصا لحالات معينة وذلك كحق المشتري في طلب الأبطال اذا ما وجد نفسه أمام بائع ملك الغير .

في حين ان النتيجة الثالثة تكمن في وجوب استبعاد نظرية الانعدام لانها نظرية غير دقيقة ، وغير مفيدة ، ولأن المعيار الذي كانت تقول به النظرية التقليدية للتمييز بين الانعدام والبطلان المطلق لا يستند الى أى أساس سليم ، مما جعلها خالية من كل مضمون قانوني فضلا عن أنها تتناقض مع المنطق ، وتتجافى مسمع مقتضيات العمل .

سادسا : وبالنسبة الى نظرية وحدة البطلان أوضحنا مضمونها ، وناقشناه الا نقادات الموجهة من صاحبها الى ثنائية البطلان ، وأثبتنا أن التفرقة بين تخلف ركن وتخلف شرط فيه ليس أمرا متعذرا ، كما أوضحنا عدم وجود أي تناقض

في ازدواجية البطلان ، وبينما أن الاعتماد على رأى بيدان في الفقه الفرنسي هو اعتماد غير صائب لأنه رأى شان ، وأن عدم اتفاق الفقه على معيار حاسم للفرقة بين نوعي البطلان لا يعنى عدم صحة الفرقة بينهما خاصة وأننا قدمنا معيارا في الموضوع ، وأثبتنا أن مسألة الوجود القانوني الموقت للبطلان النسبي ورجعيته لا تنطوى على أى تناقض كما بينا أن القول بأن اتحاد أثر نوعي البطلان يفضي الى وحدة طبيعتهما هو أمر غير مستقيم ، لأن وحدة الأثر لا تفضي بالضرورة الى وحدة الطبيعة .

وأوضحنا أن نظرية وحدة البطلان نظرية قوامها الاعتماد باستقلال التصرف القانوني داخل البناء القانوني المركب ، ونبذ فكرة العقد باعتباره كائنا جديدا يتولد عن تطابق الإيجاب والقبول ، كما أوضحنا أن صاحبها يذهب الى أن موضوع البطلان يتحدد بالإرادة المنفردة وحدها ، وأن البطلان هو التجزؤ المتربط على تخلف أحد ركنيهما : المحل أو السبب أو بالأحرى على تخلف السبب لشموله المحل . وقد أشرنا الى أن هذه النظرية تهدر كل الشروط المطلوبة في المحل والسبب فقها وتشريعا وتعتمد بشرط المشروعية فيهما فقط ، والشكل بالنسبة الى التصرفات الشكلية ، فتجملهما سببا للبطلان . بالإضافة الى أن صاحب هذه النظرية ينبذ فكرة البطلان النسبي وينادى بوحدة البطلان على الرغم من اعترافه بتنوع صور البطلان بترتب على تخلف شروط صحة الرضا ، وآخر ينجم عن تخلف شرط المشروعية ويلحق به الشكل .

وتولينا مناقشة هذه النظرية ، وأكدنا ضرورة الإبقاء على العقد باعتباره موضوعا للبطلان وبوصفه كائنا جديدا تذوب فيه الإرادة المكونة له ، والسبب جانب الالتزام بالإرادة المنفردة .

وطالما أن العقد يكون موضوعا للبطلان ، فإن الحاجة تبقى ماسة الى الإبقاء على محله وسببه وعدم جواز ادماجهما ، وذلك لما قد يحدث من بطلان أحدهما رغم بقاء الآخر صحيحا . كما أشرنا الى أن نظرية وحدة البطلان حين نبذت فكرة البطلان النسبي تكون قد أخذت بفكرة قال بها بعض المفكرين ، وانهيننا من ذلك الى أن نظرية وحدة البطلان نظرية أساسها البحث النظري المجرد البعيد عن المجال العملي .

وتأكيدنا لعدم جدواها ، تناولنا بالتحليل آراء بعض الفقهاء العرب كالأستاذ السهموري ، والأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي ، وغيرهما ، وأشرنا الى أنه بالرغم من اشارة بعضهم الى هذه النظرية كراهصة فكرية فانهم لم يتبنوها ، وبذلك استقرت غالبية الفقه على تبني التقسيم الثنائي ، بل ان الأمر لم يقف عند حسد الفقه ، وانما ساءلوا المشرعون العرب في ذلك ، كالمشرع المصري والسوري والليبي والمصري واللبناني والمشرع الجزائري الذين تبناوا باجماع التقسيم الثنائي للبطلان ، ولا غرابة في ذلك طالما أنه تقسيم عملي .

سابعاً : لقد توصلنا من خلال البحث الى أن البطلان في ظل القوانين الوضعية يتميز عن بعض الأنظمة القانونية الأخرى :

1- فهو ذو أثر رجعي : وفي ذلك يتفق مع الفسخ بالنسبة الى العقود الفورية ومع الشرط الفاسخ ، ويختلف عن عدم النفاذ وعن الانهاء بالارادة المنفردة وعن التقايل بحسب الأصل وعن الفسخ بالنسبة الى العقود الزمنية وعن الأجل الفاسخ اذ ينصرف أثرهما الى المستقبل .

2- اذا كان البطلان النسبي يقبل الاجازة - على عكس البطلان المطلق - شأنه في ذلك شأن عدم النفاذ ، فإنه يختلف عنه في أن الاجازة في البطلان النسبي تصدر عن أحد طرفي التصرف بينما في عدم النفاذ تصدر من الغير .

3- ان البطلان باعتباره وصفا يلحق تصرفا اختل أحد أركانه أو أحد شرطي صحة الرضا لا يرد الا على تصرف غير صحيح ، وهو في ذلك يختلف عن كل من الانحلال والتقايل والفسخ التي ترد على تصرف صحيح فقط ، وعن عدم النفاذ الذي يرد على تصرف صحيح أو عكسي تصريحي قابل للابطال . كما يختلف عن كل من الأجل الفاسخ والشرط الفاسخ فيما يتعلق بطبيعتهما كوصفين للالتزام .

4- ان البطلان النسبي يتقرر لصالح طرفي التصرف ، وهو في ذلك يتفق مع الفسخ والانهاء والتقايل . أما البطلان المطلق فيتقرر لكل ذي مصلحة ومن بينهم الغير ، وهو في ذلك يتشابه مع عدم النفاذ المقرر لصالح الغير .

ثامناً : لقد أوضحنا أن هناك آثاراً أصلية تترتب على بطلان التصرف سواء كان مطلقاً أو نسبياً ، ورأينا أيضاً أن الأثر الجوهرى الذى يترتب على البطلان

في ظل القانون الوضعي يكمن في إعادة الطرفين الى الوضع الذي كانا عليه قبل اجراء التصرف ، أى إضفاء أثر رجعي على البطلان . وترتيب الأثر الرجعي على البطلان يؤدى الى نتيجتين جوهريتين ، أولاً هما : ان كل طرف في التصرف يصبح ملزماً بان يحيد ما تلقاه الى الآخر . وثانيهما أن المسؤولية قد تترتب في ذمة أحد اطراف التصرف من جراء هذا البطلان ، وفي هذا الفرض يستلزم المنطق اعمال قواعد المسؤولية التقصيرية بشأنها .

على أنه اذا كان المبدأ العام يقتضي بترتيب أثر رجعي على البطلان فيما بين طرفي التصرف فان المعتمد في ظل القانون الوضعي أن هذا المبدأ يرد عليه قيدان ، يتعلق أولهما بناقص الأهلية وثانيهما بالحالة التي يكون فيها الالتزام مخالفاً للآداب .

ففيما يتعلق بالقيد الأول الخاص بناقص الأهلية فان مضمونه أن ناقص الأهلية لا يلزم بالرد الا بإعادة عليه من منفعة بسبب تنفيذ التصرف . والحكمة من ذلك تتجلى في حماية ناقص الأهلية إذ أن القول بخلاف ذلك يؤدى الى تعجيز القاصر عن التمسك بحقه في طلب الابطال ، وفي هذا اهدار لمصلحته الى جانب منع النير من التعامل مع القصر بقصد الاضرار بمصالحهم .

وفيما يتعلق بالقيد الثاني الذى تنطوى تحته حالة مخالفة الالتزام للآداب ، فقد أوضحنا أن اعمال هذا القيد ليس الا تطبيقاً للقاعدة الرومانية الشهيرة التى تقر أنه " لا يجوز للآثم أن يستفيد من اثمه " NEMO AUDITUR PROPRIAM TURPITUDINEM ALLEGANS وضمونها أنه لو قام أحد طرفي التصرف برفع دعوى بطلان متعلقة بهذا التصرف ، وطالب باسترداد ما دفعه الى الطرف الآخر تنفيذاً لهذا التصرف ، فإنه يمنع من حرق طلب الاسترداد اذا تبين أنه كان طرفاً ملوثاً وقد أشرنا بهذا الصدد الى أن القانون المدني الجزائري جاء خلواً من نص يقرر الأخذ بهذه النظرية أو استبعادها ، ونحن نرى أنه لا مجال لاعمالها بالجزائر ، لأن الأخذ بهذه النظرية يؤدى الى تمكين الطرف الذى لم يقم التلوث في جانبه من الاثراء بخير سبب على حساب الطرف الآخر (أى الطرف الملوث) .

وإذا كان القانون الوضعي قد تولى بيان الأثر الأصلي المترتب على بطلان التصرف وحدود اعمال هذا الأثر ، فان الدراسات التي أجراها

الفقهاء المسلمون كانت غنية أيضا في هذا المضمار. فالمعتمد لدى الفقهاء المسلمين هو أن التصرف الباطل لا يترتب أي أثره ، وأن بطلان التصرف يترتب عليه المسام كل طرف من أطرافه برد ما تلقاه من الآخر ، فضلا عن أنهم قرروا استحالة اجازة التصرفات الباطلة .

وإذا كان الفقهاء المسلمون قد عرضوا للآثار الأصلية المترتبة على العقد الباطل فإن فن الصياغة القانونية قد أدى بفقهاء الحنفية الى توضيح أحكام العقد الفاسد الذي يعتبرونه ضربا من العقود غير الصحيحة الى جانب البطلان ، فحللوا بالتفصيل هذه الآثار ، وترتب على اجتهاداتهم التمييز بين العقد الفاسد قبل القبض وبعده ، فإن لم يتم القبض فسخ العقد لأن الملك لم ينتقل بعد ، أما إذا تم القبض وكان صحيحا فإنه يفيد الملك ، لكن الملكية التي تسوء الى المشتري لا تعتبر طيبة . ولذلك فإن فسخ العقد الفاسد يبقى أمرا ضروريا ، اللهم الا إذا حال دون ذلك مانع من موانع الفسخ كخروج المحل من ملكية القابض ، أو تغيير المحل في يد قابضه .

تاسميا : وإذا كان البطلان يترتب أثرا أصليا جوهريا - كما رأينا - يشمل في عدم قدرة التصرف الباطل على انتاج الآثار القانونية والشرعية التي يترتبها فسي حالة صحته ، فإن ذلك لا يمنع هذا التصرف من ترتيب آثار عرضية ، وإن كان ترتيبه لهذه الآثار يتقرر بصفته مجرد واقعة مادية . وقد حددنا هذه الآثار في ظل القانون الوضعي بإمكان مسالة من كان سببا في البطلان على أساس المسؤولية التقصيرية مع استبعادنا لنظرية اهرنج المعروفة تحت اصطلاح " الخطأ عند تكوين العقد " .

والى جانب هذا الأثر المرضي الهام ، فقد حللنا أحكام كل من الزواج الظني ، ونظرية البطلان الجزئي باعتبارهما صورتين استقرتا في الحياة العملية ، ولقيتا عناية بتنظيم تشريعي محكم ، نظرا لما يترتب على أعمال الأثر الأصلي للبطلان من نتائج خطيرة بالنسبة الى الأسرة عامة والأولاد والزواج حسن النية خاصة ، ولما يؤدى اليه تقرير هذا الأثر من القضاء على الكثير من التصرفات التي يمكن حمايتها إذا كان البطلان الذي لحقها يشمل أحد عناصرها فقط بحيث يمكن ازالة الجزء الباطل منها دون أن يؤثر ذلك على بقية الأجزاء الأخرى الصحيحة المكونة للتصرف . وقد أوضحنا أن المشرع الجزائي لا يمانع في

الأخذ بالآثار العرضية الأولى أعمالاً للقواعد العامة في المسؤولية كما أنه تبنى صورتين لنظرية البطلان الجزئي تتمثلان في انقاص المقد وتحويله .

وإذا كانت الآثار العرضية للبطلان قد عنت باهتمام فقهاء القانون الوضعي ، فإنها لقيت اهتماماً خاصاً من لدن الفقهاء المسلمين الذين أشبهوها بحثاً وتحليلاً . فقد تبين لنا أن الآثار العرضية التي رتبها الفقهاء المسلمون على التصرف القانوني باعتباره واقعة مادية تتمثل في انتقال الضمان إلى المشتري ، فالمقرر لدى المالكية ، وأغلب فقهاء المذهب الحنفي أن قبض المشتري للشيء المبيع بحقه باطل يعتبر قبض ضمان لا تنفعه الخاص به وليس قبض أمانة ، ومن ثم فإن الهلاك الذي قد يلحق الشيء المبيع يقع على عاتق المشتري وليس على عاتق البائع .

والى جانب هذه الصورة ، فإن حماية الأسرة جعلت الفقهاء المسلمين يرتبون آثاراً عرضية على عقد السزواج الباطل نذكر منها : درء الحد عن الزوجين ، وثبوت نسب الأولاد من الأب ، واستحقاق الزوجة لمهر المثل ، وحرمة المصاهرة . كما أن الرغبة في حماية التصرفات القانونية وتأكيد مبدأ استقرارها جعلت الفقهاء يتعرضون لنظرية انقاص المقد وإن لم يدرسوها تحت هذا الاصطلاح .

عاشراً : إن حماية الغير تعتبر أهم قيد يرد على فكرة الأثر الرجعي للبطلان ، وتعتبر قاسماً مشتركاً بين اهتمامات فقهاء القانون الوضعي والحلول الشرعية للفقهاء المسلمين . فالمقرر في ظل القوانين الوضعية أن الغير إذا تلقى من أحد طرفي التصرف الباطل حقاً على الشيء موضوع التصرف فإن حمايته تصير واجبة ، وقد استقر العمل على تحقيقها إقراراً لحماية الوضع الظاهر الذي اطمأن إليه الغير حسن النية . كما أن الفقهاء المسلمين سبق لهم أن راعوا حماية الغير ، فقهاء الحنفية قرروا - وهم بصدد بيانهم لآثار التصرف الفاسد - أن المشتري بعقد فاسد إذا قبض المبيع ثم تصرف فيه بعد ذلك للغير ، أي كانت طريقة إجراء التصرف الثاني لهذا الغير ، فإن التصرف الصادر له يعتبر مانعاً للفسخ ، ويحول دون مطالبة البائع له بالاسترداد . على أن فقهاء الحنفية - مراعاة منهم لمصلحة المخل الذي يلحق بالتصرف الفاسد - أوردوا قيداً على المبدأ العام مضمونه أن الغير المتصرف إليه يجب أن يكون قد تلقى الشيء بمقتضى عقد صحيح ، فضلاً عن أنهم أعطوا البائع حق استرداد الشيء المتصرف فيه من الغير مقابل ادائه قيمة الشيء أو ثمنه لهذا الغير .

حادي عشر : وإذا كان البطلان قد يترتب آثارا أصلية وآثارا عرضية ، فإننا نساء لنا عن طبيعة الحكم الصادر بالبطلان ، وعن الأشخاص الذين يحق لهم التمسك به وقد تبين لنا ان البطلان قد يكون اتفاقيا ومع ذلك فـان اللجوء الى القضاء كثيرا ما يكون ضروريا ، وفي حالة ما اذا تدخل القضاء فان حكمه يكون منشئا اذا تعلق الأمر ببطلان نسبي ويكون كاشفا في حالة البطلان المطلق لأن حالات البطلان المطلق محددة من طرف المشرع ولا يتمتع القاضي بصدها بأية سلطة تقديرية .

أما فيما يخص الأشخاص الذين يحق لهم التمسك بالبطلان فيختلف الأمر بحسب ما اذا كان البطلان مطلقا أو نسبيا ، فان كان مطلقا فان حق التمسك به في نظر المشرع الجزائي يتقرر لكل ذي مصلحة بما في ذلك القضاء والنيابة العامة ، أما اذا كان البطلان نسبيا فإنه لا يمكن أن يشار الا من الطرف الذي قرر هذا البطلان لمصلحته .

ثاني عشر : ونظرا لخطورة الآثار التي تترتب على البطلان ، فان التشريعات الوضعية قد آثرت اعتماد وسائل للحيلولة دون ترتيب هذا الجزاء الخطير ، فاعتمدت بهذا الصدد وسائل ثلاثة تشمل في الاجازة ، وتصحيح التصرف المشوب بحيب البطلان ، والتقدم .

ففيما يتعلق بالاجازة ، فبإبصارها نزولا عن حق طلب بطلان التصرف ممن خوله المشرع هذا الحق ، فإن المقرر بصدها في ظل القوانين الوضعية ان مجال اعمالها يتحدد بالتصرفات القابلة للإبطال وحدها دون التصرفات الباطلة ، لأن هذه الأخيرة تأخذ حكم المدم ، وتكون فقط قابلة لا عادة عليها ممن جديد .

وفي حالة اعمال الاجازة فان الفقهاء يرون أنها تنتج آثارها بأثر رجعي مع مراعاة قيد عدم المساس بحقوق الغير . غير أننا نساند الرأي الحديث الذي ظهر في فقه القانون الرضعي والذي يرى أن الاجازة ما هي الا نزول صاحب الحق عن حقه في الإبطال وأنها لا تضيف الى التصرف شيئا جديدا ذلك أن التصرف نشأ صحيحا ، ترتب لجميع آثاره ، وأن دورها يقتصر فقط على تجنب القلق الذي كان يهدد استقراره قبل الاعراب عن نزول صاحبها عن طلب الإبطال .

وإذا كانت الإجازة قد لقيت اهتماما خاصا في إطار فقه القانون الوضعي فإن الفقهاء المسلمين قد أولوها عناية خاصة ، فصرفوا الإجازة بأنها تنازل عن حق طلب البطلان ممن منحه الشارع هذا الحق ، وبينوا نطاق اعمالها ، فحصروره في التصرفات الموقوفة ، وفي التصرفات اللازمة التي اقتن بها أحد الخيارات فحولها الى تصرفات غير لازمة ، وأوضحوا آثارها فجعلوا لها - بحسب الأصل - دورا كاشفا .

وإذن ، فالفقهاء المسلمون كانوا سابقين الى توضيح احكام الإجازة ، ومن ذلك مثلا أنهم قالوا انها لا تشمل التصرفات الباطلة ، كما أنهم أوضحوا طبيعتها القانونية والآثار المترتبة عليها .

وفيما يتعلق بتصحيح التصرف المشوب بحيب البطلان ، فيعتبر وسيلة لازالة العيب الذي شاب التصرف ، وهذه الوسيلة يلجأ اليها عادة بصدد الشركات التجارية نظرا لما لها من دور هام في الاقتصاد الوطني ، فيسمى المشرع من وراء اعتمادها الى تثبيت دعائم الشركة الباطلة المهددة بالزوال عن طريق ازالة العيب الذي كان يهددها بالبطلان ، حتى لو لم يقم الطرف الذي شاب هذا العيب ارادته باجازه .

ونظرا لما للتصحيح من أهمية بالنسبة الى التصرف ، فقد تبين لنا ان المشرع قد يعده احيانا الى التوسيع من نطاق الاشخاص الذين يحق لهم رفع دعوى التصحيح بحيث يتجاوز هذا النطاق الأشخاص الذين كانوا طرفا في التصرف ، وهو ما يحدث عادة بصدد الشركات التجارية ، كما ان المشرع قد يرتب التصحيح بصفة آلية اذا لم يقم من تحقق سبب البطلان في جانبه برفع دعوى بطلان التصرف خلال فترة زمنية يحددها له المشرع .

وأخيرا فيما يخص تقادم دعوى البطلان ، فإذا كان المتفق عليه في ظل الأنظمة القانونية الوضعية هو أن دعوى البطلان النسبي تخضع للتقادم بحيث أنه اذا لم يتم تحريكها من منحه المشرع هذا الحق خلال فترة زمنية يحددها له المشرع ، صار التصرف الذي كان مهددا بالزوال بمنأى عن كل دعوى بطلان ترفع بشأنه ، فان هذا الاتفاق لم يتقرر بصدد دعوى البطلان المطلق . ذلك ، ان فقه القانون الوضعي قد تباين بهذا الصدد ، فهناك من قال بعدم تقادم

دعوى البطلان لأن التصرف الباطل بطلانا مطلقا بمثابة العدم ، والعدم لا يمكن بعثه الى الوجود . وهناك من قال بعكس هذا الرأي ونادى بتقادم دعوى البطلان لأن القول بخلاف هذا الحل يخل بهذا استقرار الأوضاع القانونية . وأمام هذا التباين الفقهي فإن التشريعات الوضعية بما فيها التشريع الجزائري قد أخذت بوجهة الفريق الثاني في الفقه القائله بهذا تقادم دعوى البطلان ، وإن كان اعتماد التشريعات الوضعية لهذا البدأ قد صاحبه قيسه هــامه مسوده ان دعوى البطلان اذا كانت تقادم ، فإن الدفع بالبطلان لا يتقادم .

وفي ظل الفقه الاسلامي ، فقد لا حظنا أن الفقهاء المسلمين قد تفرقوا بصدد التقادم الذي يدرسونه عادة تحت عبارة " عدم سماع الدعوى " الى مويسد للأخذ به تطبيقا لفكرة المصلحة المرسله ، والى مستهم اياه بدعوى أن كل حق ذو طبيعة أبدية ، وأنه لا يبرر لأن يفقد شخص ما حقه لمجرد عدم المطالبة به خلال فترة زمنية معينة ، وقد أوضحنا ان الغلبة كانت للفريق الأول خاصة في عهد السلطنة العثمانية ، ودلائل ذلك أنه على الرغم من أن الأصل فسي التصرفات غير الصحيحة هو عدم تقادمها لسكونها عدما ، وأن العدم لا يمكن أن تقم له قائمة بمرور الزمن ، فإن التشريعات المصرية قد خرجت على هذا الأصل العام وأخذت بمسهمد تقادم دعوى البطلان متى تم رفعها بصفة متداه .

ثالث عشر: ان دراستنا لأحكام البطلان في ظل الأنظمة القانونية الوضعية وفي الفقه الاسلامي تكشف لنا عن مدى ثراء آراء فقهاء الشريعة الاسلامية التي كانت سبابة في اقرار الكثير من المبادئ القانونية التي تسيطر حاليا على اتجاه فقه القانون الوضعي ، كما أنها اعتمدت نظريات كثيرة ، نذكر من بينها نظرية العقد الموقوف التي فاقت من حيث صياغتها الفنية ما وصل اليه فقه القانون الوضعي بصنسد البطلان النسبي ، وكم نتمنى أن يلتبه مشرعنا الى ذلك (1) ، ويمتمد ما وصل اليه الفقهاء المسلمون بصدده نظرية البطلان مع تكملتها عند الاقتضاء ، بما أخذ به فقه القانون الوضعي . ويكفيه نموذجا لذلك ما قام به صاحب مرشد الحيسران من تقنين الكثير من أحكام المذهب الحنفي ، فصاغها في أسلوب سلس عذب سائخ ، وقدمها في حلة واضحة المعالم ، وبذلك سهل مهمة الباحثين المحدثين الذين تمودوا منهج التقنين الذي درج عليه الغرب في تشريعاته .

(1) خاصة وأنه أعطى للشريعة الاسلامية الفراء مكانة لم يمنحها اياها كثير من مشرعي الدول المصرية ، فقد جعلها في المرتبة الثانية من بين مصادر القانون .

وباشارتنا الى ضرورة العودة الى الأصل ، أي باعتقاد أحكام الفقيه
الاسلامي بصدد نظرية الهطلان ، تكون قد انتهينا من هذه الرسالة .
وأملنا أن تكون قد حللنا أحكامها ، وأوضحنا أهميتها النظرية والعملية .
فإن وجد القارئ فيها ما يثلسج صدره فذلك توفيق من الله الصلي الحكيم ،
وإن لمسبها زلات أو ثغرات تشوبها ، فهذه سمة من سمات البشر إذ أنسه
مهما سما فكره فإن سموه لا يصل الى درجة الكمال ، لأن الكمال لله
وحده ، والله ولي التوفيق .

المراجع المتمد عليها في إعداد هذه الرسالة

أولاً : مراجع باللغة العربية :

+++++

١- تفسير القرآن الكريم والأحاديث النبوية :

ابن كثير (الحافظ عماد الدين أبو القداء اسماعيل بن كثير القرطبي المتوفى 774هـ)
1- تفسير القرآن الكريم - طبع بيروت - في أربعة أجزاء 1982 .

المراغي (الشيخ أحمد مصطفى ، أستاذ الشريعة واللغة العربية)
2- تفسير المراغي - طبع في ثلاثين جزءاً ، الطبعة الثامنة 1953 .

سيد قطب

3- في ظلال القرآن . - الطبعة الخامسة ، بيروت 1967 .

البغوي (أبو محمد الحسين بن سمود القراء البغوي المتوفى 516هـ)
4- شرح السنة - طبع في ستة عشر جزءاً ، الطبعة الثانية ، بيروت 1983 .

السيد سابق

5- فقه السنة . - المجلد الثالث ، الأجزاء : 12 و 13 و 14 ، الطبعة الأولى 1971 .

السيوطي (الحافظ جلال الدين السيوطي)

6- سنن النسائي .

طبع في ثمانية أجزاء ، وجمع في أربع مجلدات ، بيروت ، دون ذكر تاريخ الطبع .

ب) مراجع عامة في الفقه الإسلامي :

ابن تيمية (تقي الدين أحمد بن عبد الحلیم ، المتوفى 528هـ)

7- الفتاوى الكبرى .

طبع في خمسة أجزاء ، دار المعرفة ، بيروت ، دون ذكر تاريخ الطبع .

ابن جزى (أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزى القرطبي المتوفى 741هـ)

8- كتاب القوانين الفقهية . - طبع دار الفكر ، لبنان ، دون ذكر تاريخ الطبع .

ابن رشد (أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي المتوفى 595هـ)

9- بداية المجتهد ونهاية المقتصد - طبعة سادسة - بيروت 1982 .

ابن قدامة (الإمام أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامة المتوفى 630هـ)

10- المغني . ويليه الشرح الكبير - الجزء : الرابع ، والسابع .

صححه جماعة من العلماء ، طبعة دار الكتاب العربي ، بيروت 1983 .

ابن قيم الجوزية (شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر المتوفى 751هـ)

11- إعلام الموقعين عن رب العالمين .

تعليق الأستاذ طه عبد الروموف سعيد ، طبع في أربعة أجزاء 1968 .

ابن نجيم (الشيخ زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم المتوفى 970هـ)

12- الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة ، طبع القاهرة 1968 .

- أبو الفتح (الشيخ أحمد أبو الفتح)
13- المعاملات في الشريعة الإسلامية
الجزء الأول - طبعة ثانية - دون ذكر تاريخ الطبع .
أبو زهرة (الشيخ المرحوم محمد أبو زهرة)
14- الملكية ونظرية المقدر في الشريعة الإسلامية - بيروت 1976 .
البرديسي (الشيخ محمد زكريا البرديسي)
15- كتاب الأحكام الإسلامية في الأحوال الشخصية - دون ذكر تاريخ الطبع .
الخفيف (الاستاذ علي الخفيف)
16- أحكام المعاملات الشرعية مطبوعة على الاستنساخ ، دون ذكر تاريخ الطبع .
الدسوقي (شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي)
17- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ،
لأبي البركات سيدي أحمد الدردير على مختصر خليل ، دون ذكر تاريخ الطبع .
الزحيلي (دكتور وهبة الزحيلي)
18- الفقه الإسلامي وأدلته -
مجموعة تتكون من ثمانية أجزاء ، الطبعة الثانية ، دمشق 1985 .
اعتمدنا الأجزاء : الرابع والخامس والسابع منها .
الزرقاء (الاستاذ مصطفى أحمد الزرقاء)
19- المدخل الفقهي العام إلى الحقوق المدنية .
الجزء الأول - طبعة خامسة ، المطبعة الجامعية السورية 1957 .
الجزء الثاني - طبعة سابعة ، بيروت ، دون ذكر تاريخ الطبع .
20- المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي ، دمشق 1965 .
21- عقد البيع في القانون المدني السوري - دمشق 1965 .
السنهوري (دكتور حسني الرزاق أحمد السنهوري)
22- مصادر الحق في الفقه الإسلامي .
الأجزاء : الأول ، والثاني ، والثالث ، والرابع ، والسادس .
طبع بمعهد البحوث والدراسات العربية ، الطبعة الثالثة 1967 .
الشاذلي (دكتور حسن علي الشاذلي)
23- النظريات العامة في المعاملات في الفقه الإسلامي .
(محاضرات ألقاها على طلاب الدراسات العليا بجامعة القاهرة)
مطبوعة على الاستنساخ ، دون ذكر تاريخ الطبع .
الشافعي (أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي)
24- كتاب الأم . طبع كتاب الشعب بالقاهرة ، ديسمبر 1968 .
الشوبيني (الشيخ محمد الخطيب الشربيني ، الشافعي)
25- مفتي المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج .
(شرح وافي لكتاب " منهاج الطالبين " لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي)
طبع في أربعة أجزاء ، بيروت 1374 هـ - 1955 م .

الصابوني (دكتور عبد الرحمان الصابوني)
26- قانون الأحوال الشخصية السوري في الزواج و الطلاق .
الطبعة الخامسة - دمشق 1978 - 1979.

المحصاني (دكتور صبحي المحصاني)
27- الموجبات و المقود في الشريعة الاسلامية ببيروت 1948 .

المزنسي (الشيخ اسماعيل بن يحيى المتوفى 244 هـ)
28- حاشية المزنسي على كتاب الام للشافعي ، الجزء الثاني .

بدران (دكتور بدران أبو العيين بدران)
29- الشريعة الاسلامية وتاريخها ونظرية الملكية و المقود .
الطبعة الرابعة - دون ذكر تاريخ الطبع .

شمسان (دكتور زكي الدين شمسان)
30- كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ، طبعة أولى - القاهرة 1960 .

شلهبي (الاستاذ محمد مصطفى شلهبي)
31- المدخل في التمرين باللفظ الاسلامي - طبعة أولى - القاهرة 1960 .

فراج (دكتور أحمد فراج حسين)
32- الملكية ونظرية المقود في الشريعة الاسلامية ، طبعة أولى ، القاهرة .

مذكور (الاستاذ محمد سلام مذكور)
33- المدخل للفقهاء الاسلامي ، (تاريخه و مصادره ، و نظرياته العامة) .
الطبعة الرابعة - القاهرة 1969 .

موسى (دكتور محمد يوسف موسى)
34- الفقه الاسلامي (مدخل لدراسته ، نظام المعاملات فيه) .
الطبعة الثالثة - القاهرة 1958 .

(ج) الرسائل :

سوار (دكتور محمد وحيد الدين رضا سوار أستاذ بجامعة دمشق)
35- التعبير عن الإرادة في الفقه الاسلامي ، من جامعة القاهرة 1959 .
طبعة ثانية - الشركة الوطنية للنشر و التوزيع - الجزائر 1979 .

المباعلي (دكتور شكري أحمد سباعي ، أستاذ بجامعة الرباط)
36- نظرية بطلان المقود و ابطالها في قانون الالتزامات و المقود .
الطبعة الأولى - الرباط 1971 .

الشرقاوي (دكتور جميل الشرقاوي ، أستاذ بجامعة القاهرة)
37- نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري .
طبعة جامعة القاهرة 1956 .

فسرج (دكتور عبد الرازق حسن فسرج)
38- نظرية المقود الموقوف في الفقه الاسلامي .
الطبعة الأولى - القاهرة 1969 .

(د) مراجعة في فقه القانون الوضعي :

- أبوستيت (دكتور أحمد حشمت أبو ستيت)
 38- نظرية الالتزام في القانون المدني المصري (الجديد) .
 الكتاب الأول - مصادر الالتزام - الطبعة الثانية 1954 .
 الأسيوطي (دكتور ثروت أنيس الأسيوطي)
 39- مبادئ القانون - الجزء الثاني (الحق) القاهرة 1974 .
 الألفي (دكتور محمد الألفي)
 40- القضية - طبع ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 1981 .
 الحكيم (دكتور عبد المجيد الحكيم أستاذ بجامعة بغداد)
 41- الموجز في شرح القانون المدني العراقي
 الجزء الأول في مصادر الالتزام - طبعة ثالثة - بغداد 1969 .
 الذنون (دكتور حسن علي الذنون)
 42- شرح القانون المدني العراقي - أصول الالتزام - بغداد 1970 .
 المطاطي (دكتور عبد الهادي يونس المطاطي)
 43- نظرية الالتزامات - المقدم - مقارن بالمبادئ العامة في الشريعة الإسلامية .
 طبعة أولى ، القاهرة 1976 .
 السنهوري (دكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري)
 44- التصرف القانوني و الواقعة القانونية .
 محاضرات ألقاها على طلاب الدكتوراه بحقوق القاهرة
 سنة 1953 / 54 ، مطبعة البرلمان ، مصر .
 45- الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري .
 طبع المجمع العلمي العربي الإسلامي - بيروت ، دون ذكر تاريخ الطبع .
 46- الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، نظرية الالتزام بوجه عام ،
 مصادر الالتزام - الجزء الأول - الطبعة الثانية - القاهرة 1964 .
 47- الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، نظرية الالتزام بوجه عام ،
 الجزء الثالث - القاهرة - 1958 .
 48- الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، العقود التي تقع على الملكية
 " عقد البيع والمقايضة " الجزء الرابع - المجلد الأول - القاهرة 1960 .
 49- الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، العقود التي تقع على الملكية
 " في الدبنة والشركة والقرض " الجزء الخامس ، المجلد الثاني 1962 .
 50- الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، العقود التي ترد على العمل
 " في المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة " الجزء السابع - المجلد الأول 1964 .
 51- الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، أسباب كسب الملكية
 الجزء التاسع - القاهرة - 1968 .
 52- الوسيط في شرح القانون المدني المصري ، التأمينات الشخصية والعينية
 الجزء العاشر - القاهرة - 1970 .

الشماوى (دكتور خالد الشماوى)

53- الأوراق التجارية في التشريعين الليبي و المراتشي ه بنغازى 1970 .

الشرقاوى (دكتور جميل الشرقاوى أستاذ بجامعة القاهرة)

54- مصادر الالتزام - الجزء الأول - القاهرة 1974 .

الصدقة (دكتور عبد المنعم فرج الصدقة)

55- أصول القانون - بيروت 1978 .

56- مصادر الالتزام في القانون المدني المصري - القاهرة 1960 .

57- نظرية العقد في قوانين الدول العربية- الجزء الثاني -

(محاضرات أقيمت على طلبه الدراسات العليا بمعهد الدراسات العليا 1959)

58- حق الملكية ه - الطبعة الثالثة - القاهرة 1967 .

الكزبرى (دكتور مأمون الكزبرى أستاذ بجامعة الزباط)

59- نظرية الالتزامات و العقود في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي للرباط 1968

المارتيني (دكتور زهير المارتيني أستاذ بجامعة حلب)

60- الوجيز في نظرية الالتزام - مديرية الكتب و المطبوعات الجامعية 66 - 1967

أنور سلطان (دكتور أنور سلطان أستاذ بجامعة الإسكندرية)

61- الهادىء القانونية العامة - طبعة رابعة - بيروت 1983 .

62- النظرية العامة للالتزام - الجزء الأول - مصادر الالتزام - القاهرة 1966 .

شروت (دكتور ثروت حبيب، أستاذ معارف بجامعة بنغازى سابقا)

63- المصادر الإرادية للالتزام في القانون المدني الليبي - بنغازى 1972 .

حجازى (دكتور عبد الحى حجازى)

64- النظرية العامة للالتزام - الجزء الثاني - (مصادر الالتزام) القاهرة 1954 .

حسين (دكتور محمد حسين أستاذ بجامعة الجزائر)

65- الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني الجزائرى .

طبع ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر 1983 .

رضا فرج (دكتور رضا فرج أستاذ معارف بجامعة الجزائر سابقا)

66- تاريخ النظم القانونية (من القانون الرومانى حتى مجموعات نابليون)

طبع ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر 1976 .

زكى (دكتور محمود جمال الدين زكى)

67- الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدنى المصرى .

الجزء الأول - مصادر الالتزام - القاهرة 1976 .

68- حسن النية في مجال اكتساب الحقوق الخاصة - القاهرة 1952 .

زهدى يكن (رئيس محكمة التمييز المدنية ببلنسان)

69- تاريخ القانون - طبعة ثانية - بيروت 1969 .

70- شرح قانون الدرجيات و العقود مع مقارنة بالقوانين الحديثة و الشريعة الاسلامة

الجزء الرابع - الطبعة الأولى - بيروت 1962 .

- سلا (دكتور أحمد سلامة أستاذ بجامعة عين شمس)
 - مذكرات في نظرية الالتزام - الكتاب الأول - مصادره الالتزام ، القاهرة 1975 .
- يمان (دكتور سليمان عبد المجيد أستاذ بجامعة وهران سابقاً)
 72- موجز الشهر العقاري والتأمينات في القانون الجزائري .
 مطبعة ملزمة على الاستسيعال ، جامعة وهران ، عام 75 - 1976 .
- سليمان (دكتور علي علي سليمان أستاذ بجامعة الجزائر)
 73- شرح القانون المدني الليبي (الحقوق المدنية الأصلية والتبعية) .
 منشورات جامعة بنغازي - الطبعة الأولى 1976 .
- سوار (دكتور محمد وحيد الدين رضا سوار)
 74- القانون المدني الجزائري (القديم) وليمه شرح قانون الأهلية والوصاية والفيقة
 (محاضرات أقيمت على طلاب الدراسات العليا بمعهد البحوث والدراسات الإسلامية
 القاهرة 1975 .
- 75- شرح القانون المدني (الحقوق المدنية الأصلية)
 الطبعة الثالثة - مطبعة الداودي - دمشق 79 - 1980 .
- سيوفي (دكتور جورج سيوفي)
 76- النظرية العامة للموجبات والعقود - الجزء الأول - مصادره الموجبات ، بيروت 1960 .
- صوفي (دكتور صوفي حسن أبو طالب)
 77- الوجيز في القانون الروماني - القاهرة 1965 .
 78- أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني ، 1964 .
- عبّاس (دكتور محمد حسني عبّاس)
 79- نظرية العقد والإرادة المنفردة - القاهرة 1954 .
- عبد الفتاح (دكتور عبد الفتاح عبد الباقي أستاذ بجامعة الكويت)
 80- الزواج في القانون الفرنسي (قيامه - آثاره - انقضاؤه) - القاهرة 1965 .
 81- دروس في مصادره الالتزام (نظرية العقد) - القاهرة ، دون ذكر تاريخ الطبع .
- عبد الله (الأستاذ عبد الله علي حسن)
 82- المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي .
 (مقارنة بين القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه)
 الجزء الثالث - الطبعة الأولى - القاهرة 1947 .
- فتحي والسي (دكتور فتحي والسي ، أستاذ بجامعة القاهرة)
 83- نظرية البطالان في قانون المرافعات - طبعة أولى - الإسكندرية 1960 .
- فسرج (دكتور توفيق حسن فسرج ، أستاذ بجامعة الإسكندرية)
 84- النظرية العامة للالتزام - الجزء الثاني في أحكام الالتزام - الإسكندرية 1977 .
- محسّر (دكتور أحمد محسّر أستاذ بجامعة قسنطينة سابقاً)
 85- القانون التجاري الجزائري - الجزء الثاني - الشركات التجارية ، القاهرة 1979 .
 86- القانون التجاري الجزائري - الجزء الثالث - السندات التجارية ، بيروت 1980 .

- مرسي (دكتور محمد كامل مرسي)
87- شرح القانون المدني المصري (الجديد) - الجزء الأول - (في مصادق الالتزام)
القاهرة 1954 .
88- شرح القانون المدني المصري (الجديد) - الجزء الثاني - القاهرة 1955 .
89- شهر التصرفات العقارية (التسجيل و القيد) ، الطبعة الثالثة ، بيروت 1939 .
ممدوح (دكتور عمر ممدوح مصطفى) استاذ تاريخ القانون بجامعة الاسكندرية
90- الموجز في القانون الروماني - الجزء الأول - الاسكندرية 1953 .
(هـ) بحوث ومقالات :

- ابراهيم (الشيخ أحمد إبراهيم) استاذ الشريعة الاسلامية
91- العقود والشروط والخيارات .
بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة -
السنة الرابعة - المجلد السادس - نوفمبر 1934 .
البرد يسي (الشيخ محمد زكرياء البرديسي)
92- التصرف الاستقاطي
بحث منشور بمجلة ادارة قضايا الحكومة - السنة 12 - المجلد الثاني .
الحسيني (دكتور محمد الحسيني حنفي) استاذ بجامعة وهران سابقا
93- تقنيات الأحوال الشخصية في الجزائر .
بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية بجامعة عين شمس -
المجلد الثاني - 1974 .
الخفيف (الأستاذ علي الخفيف)
94- أحكام المعاملات الشرعية .
الطنطاوي (دكتور محمود محمد الطنطاوي)
95- حقيقة التصرف وأقسامه
بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية بجامعة عين شمس -
المجلد الأول - يناير 1973 .
بمدوي (دكتور حلمي بهجت بمدوي) استاذ بجامعة القاهرة
96- آثار التصرفات الباطلة - القسم الأول والثاني .
بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد - جامعة القاهرة - السنة الرابعة 1934 .
حجازي (دكتور عبد الحسي حجازي)
97- ضمان الهلاك في القانون المدني المصري .
بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد ، كلية حقوق جامعة القاهرة 1945 .

سليمان (دكتور علي علي سليمان أستاذ بجامعة الجزائر)

98- نظرة عامة حول القانون المدني الجزائري .

محاضرة أقيمت بجامعة وهران في ماي 1976 ، مطبوعة على الاستنسل 1976 .

99- تطبيق على قانون الأسرة

بحث منشور بمجلة الشرطة - العدد 25 .

100- ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري .

بحث منشور بمجلة الشرطة - العدد 30 - ماي 1986 .

عبد البير (دكتور محمد زكري عبد البير)

101- العقود الصماء في الفقه الاسلامي .

مقال منشور بمجلة قضايا الحكومة ، السنة التاسعة ، العدد الأول ، القاهرة 1965

102- التصرف الموقوف .

بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد - جامعة القاهرة ، السنة 25 ، عام 1956 .

(و) الموسوعات : مجموعة الأعمال التحضيرية :

(1) الموسوعة المصرية الميسرة

تأليف لجنة من أساتذة متخصصين - القاهرة 1965 .

(2) موسوعة جمال عبد الناصر في الفقه الاسلامي

اعتمدنا منها الجزء الثاني ، والرابع والثاني عشر من 16 جزء في حياتنا .

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري .

قامت بطبعتها وزارة العدل بالحكومة المصرية بخطبة دار الكتاب المصري بصر .

(4) نشرة القضاة - أعداد كثيرة لعدة سنوات ، تصدرها وزارة العدل بالجزائر .

(ز) النصوص القانونية المعتمدة :

(1) قانون تحديد السن الأدنى للزواج ، رقم 63 - 224 صادر بتاريخ 1963/06/29 .

منشور بالجريدة الرسمية باللغة الفرنسية - العدد 44 صادر بتاريخ 1963/07/02 .

ترجمه الى اللغة العربية الدكتور محمد الحسيني حنفي عام 1975 .

(2) قانون تأميم الأملاك الشاغرة ، الصادر بأمر رقم : 66 - 102 بتاريخ 1966/05/06 .

منشور بالجريدة الرسمية - السنة الثالثة - العدد 36 صادر بتاريخ 1966/05/06 .

(3) قانون التوثيق ، الصادر بتاريخ 15 ديسمبر 1970 .

منشور بالجريدة الرسمية - السنة السابعة - العدد 107 ، صادر بتاريخ 1970/12/25 .

(4) القانون المدني الجزائري الصادر بأمر رقم : 75 - 58 في 26 سبتمبر 1975 .

منشور بالجريدة الرسمية - السنة 12 - العدد 78 صادر بتاريخ 1975/09/30 .

(5) قانون اعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري صادر في 12/11/75 .

منشور بالجريدة الرسمية - السنة 12 - العدد 92 صادر بتاريخ 1975/11/18 .

(6) القانون التجاري الجزائري - الصادر بأمر رقم 75 - 59 في 26/09/1975 .

منشور بالجريدة الرسمية - السنة 12 - العدد 101 صادر بتاريخ 1975/12/19 .

- (7) القانون الأساسي العام للمامل، الصادر بقانون رقم 78-12 بتاريخ 1978/08/05.
منشور بالجريدة الرسمية - العدد 32 صادر بتاريخ 1978/08/08.
- (8) قانون التنازل عن أملاك الدولة، الصادر بقانون رقم 81-1 بتاريخ 1981/02/07.
منشور بالجريدة الرسمية - العدد الصادر س - صادر بتاريخ 1981/02/10.
- (9) قانون الأسرة، الصادر بقانون رقم 84-11، صادر بتاريخ 09 جوان 1984.
منشور بالجريدة الرسمية - السنة الواحدة والعشرون، العدد 24، صادر بتاريخ 12 جوان 1984.

= _ = _ = _ = _ = _ = _ = _ = _ = _ =

- (10) قانون الالتزامات والمقود المغربي، الصادر بظهير وريضان 1331 هـ، الموافق 12 أوت 1913 م - منشور بمجلة القضاء والقانون الصادر عن وزارة العدل المغربية.
السنة الثامنة - فبراير - أبريل 1965 - العدد 76 - 77 - 78.
- (11) مجموعة القانون المدني المصري الصادر عام 1948، تعليق الأستاذ المحامي عبد البديع أحمد سعيد شلبي مع المذكرة التفسيرية له.
- (12) مجلة الأحوال الشخصية التونسية (نصوص قانونية) صادرة بأمر رقم 66-56 في 13/08/1956، والنصوص التحديلية اللاحقة إلى غاية 01/07/1966.
تأليف الأستاذ محمد الطاهر السنوسي - طبعة السادسة - 1970.
- (13) مجلة الأحكام العدلية، الصادر في أول محرم سنة 1286 هـ، طبعة خاصة 1968.
- (14) كتاب مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان في المعاملات الشرعية.
تأليف المرحوم محمد قدير باشا - الطبعة الرابعة - القاهرة 1931.

_____ 0 0 0 _____

ثانيا : مراجع باللغة الفرنسية :
++++++

(٤) الرسائل وبحوث الدبلوم ، و الماجستير :

(١) رسائل الدكتوراه :

- AUBY (J-M) : أوبي (ج م) :
- 1- La théorie de l'inexistence des actes administratifs,
thèse Paris 1947 , Ed. A. Pedone.
- BASTIAN : باستيان :
- 2- Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité,
thèse, Paris 1929.
- BERTRAND (Ch) : برتراند (ك) :
- 3- Les nullités contraires à l'ordre public,
thèse, Paris 1938.
- B ERTRAND (F) : برتراند (ف) :
- 4- L'opposabilité du contrat aux tiers,
thèse , Paris II, 1979.
- CANCINO (Francisco Cuevas) : كانسينو (فرانسيסקو كوفاس) :
- 5- La nullité des actes juridiques;
Montréal 1950.
- CHABAS (J) : شاباس (ج) :
- 6- De la déclaration de volonté ,
thèse, Paris 1931.
- COUTURIER (G) : كوتيرييه (ج) :
- 7- De la confirmation des actes nuls,
thèse, Paris 1969; bibliothèque de droit privé; tome CXXI, 1972.
- DAOUDI (B) : د اودي (ابراهيم) :
- 8- Le transfert de propriété en droit français et algérien comparés,
thèse de Doctorat 3° cycle, Paris II; 1983.
- DEPREZ (J) : دوبريز (ج) :
- 9- La rétroactivité dans les actes juridiques,
thèse, Rennes 1953.
- DUPEYRON (Ch) : ديسيرون (ك) :
- 10- La régularisation des actes nuls,
thèse; Toulouse 1972; LGDJ 1973.
- DROGOUL : دروجلول :
- 11- Essai d'une théorie générale des nullités,
thèse; Aix 1902.

- GHESTIN (J) : فيستان (ج) :
12- La notion d'erreur en droit positif actuel;
thèse; Paris 1963.
- FARJAT (G) : فارجات (ج) :
13- l'ordre public économique,
thèse; Dijon 1961; LGDJ; Paris 1963.
- GUERRIERO (M-A) : فيريرو (م - أ) :
14- l'acte juridique selonnel,
thèse Toulouse, bibliothèque de droit privé, tome CXXXVII (1975).
- GUGGENHEIM (D) : جوجنهايم (د) :
15- l'invalidité des actes juridiques en droit suisse comparé;
thèse Genève; LGDJ, Paris 1970.
- HARTEMAN : هارتمان :
16- Etude sur la distinction des actes inexistants et des actes annulables; thèse, Nancy 1897.
- JANOT (R) : جانيو (ر) :
17- De la nullité en matière des actes juridiques;
thèse; Lyon 1909.
- LE TOURNEAU (Ph) : لوتورنو (ف) :
18- La règle " Non auditur...";
thèse; Paris 1969, LGDJ, Paris 1970.
- LUTZESCO : ليتزسكو :
19- Essai sur la nullité des actes à caractère patrimonial;
thèse, Paris 1958.
- MAHMOUD GAMAL EDDINE ZAKY : محمود جمال الدين زكي :
20- La bonne foi dans l'acquisition des droits en droit privé,
Le Caire 1952.
- MALAUZIE (Ph) : مالموري (ف) :
21- les contrats contraires à l'ordre public;
thèse, Paris 1951.
- MARTIN DE LA MOUTTE : مارتان دو لاموت :
22- l'acte juridique unilatéral;
thèse; Toulouse 1951.
- PIEDELIEVRE (J) : بيدلييفر (ج) :
23- Des effets produits par les actes nuls,
thèse ; Paris 1911.
- PIZE (J) : بيز (ج) :
24- Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité;
thèse; Lyon 1897.
- ROUBIER (P) : روبييه (ب) :
24 Bis- Essai sur la responsabilité précontractuelle;
thèse, Lyon 1911.

- SALEILLES (R) : سالي (ر) :
- 25- De la déclamation de volonté,
Paris 1929.
- SAVEZ - CASARD : سافيز - كازار :
- 26- Le refus d'action pour cause d'indignité,
thèse, Lyon 1930.
- SIMLER (Ph) : سيمليه (ف) :
- 27- La nullité partielle des actes juridiques,
thèse, Strasbourg 1969; LGDJ, Paris 1969.
- TRIFONESCU : تريفونسكو :
- 28- De la confirmation des actes nuls,
thèse, Paris 1911.
- VALDELIEVRE (F) : فالدوليفر (ف) :
- 29- La confirmation des actes nuls,
thèse, Paris 1964.
- VOUIN (J-F) : فوان (ج ف) :
- 30- La prohibition des pactes sur succession future en droit français,
thèse, Paris 1967.
- WORMS : ورمس :
- 31- De la volonté unilatérale considérée comme une source d'obligation
en droit romain et en droit français,
thèse, Paris 1891.

(2) المحقوق ووسائل المجستير :

- ALAM-EDDINE Abdallah : علم الدين عبد الله :
- 32- La théorie de la cause finale en droit musulman et ses rapports
avec la théorie de la cause en droit français,
Mémoire, Institut de droit comparé, Paris 1958.
- AZZEMOU (M) : عزمو (م) :
- 33- Le formalisme contractuel en droit civil algérien,
Mémoire, Magister Droit privé, Université d'Oran, 1983.
- MOSTEFA- KARA (F) : مصطفى - قارة (ف) :
- 34- La preuve écrite en droit civil algérien,
~~Mémoire~~, Magister Droit privé, Université d'Alger, 1982.
- ZERROUK (K) : زروق (ق) :
- 35- La fonction notariale (ad probationem) dans l'ordonnance N°
70-91 du 15 Décembre 1970;
Mémoire, Magister droit privé, Université d'Alger, 1977.

- AUBRY et RAU : أوبري ورو :
36- Cours de droit civil français, 4^e édition, tomes 1 et 6.
- BAUDRY-LACANTINIERE : بودري - لكانتيري :
37- Précis de droit civil, tome 2 ; 7^e édition.
- CARBONNIER (J) : كاربونييه (ج) :
38- théorie des obligations, Paris 1963.
- COLIN (A) et CAPITANT (H) : كولان (أ) وكابتان (هـ) :
39- Traité de droit civil,
tome 2; les obligations et droits réels principaux,
refondu par Julliot de la Morandière, Paris 1959.
- DEMOLOMBE : ديمولومب :
40- Cours de Code Napoléon ; tome 24.
- FLOUR (J) et AUBERT (J-L) : فلور (ج) وأوبر (ج - ل) :
41- les obligations,
Volume 1: l'acte juridique, Paris 1975.
- GAUDENET (G) : جودنيه (و) :
42- théorie générale des obligations ; Paris 1937.
- LAURENT : لسوران :
43- principes de droit civil français ; tomes 1, 15 et 18.
- LINANT DE BELLEFONDS (Y) : لينان د و بيلفون (ي) :
44- traité de droit musulman comparé,
tome 1; théorie générale de l'acte juridique,
Ed. MOUTON et Co, Paris 1965.
- MARTY (G) et RAYNAUD (P) : مارتى (ج) ورينو (ب) :
45- Droit civil- les personnes ; 3^e édition, Sirey, Paris 1976.
46- Droit civil- Tome 2, Volume 1, les obligations, Sirey, Paris 1962.
- MAZEAUD (H, L et J) : مازو (هـ لى ج) :
47- Leçons de droit civil, tome 2, volume 1, les obligations, 4^e édition,
Paris 1969.
- MAZEAUD (H, L, et J) et DE JUGLART (M) : مازو ودوجيلار (م) :
48- leçons de droit civil, tome 2, volume 1, les obligations, 5^e édition,
Paris 1972.
- PLANIOL (M) et RIPERT (G) : بلانيول (م) وريري (ج) :
49- traité élémentaire de droit civil français, tome 2, Paris 1937.
- PLANIOL (M), RIPERT (Georges) et ESMEIN (Paul) : بلانيول وريري واسمان (ب) :
50- traité pratique de droit civil français,
tome VI ; Paris 1952.
- PLANIOL (M), RIPERT (G) et HAMEL (J) : بلانيول وريري وهامل (ج) :
51- Traité pratique de droit civil français,
tome X ; Paris 1956.

RIPERT (G) et BOULANGER (J) :

ريبير (ج) و بولانجير (ج) :

52- traité élémentaire de droit civil,
tome 2 : obligations et droits réels, Paris 1957.

STARCK (B) :

ستارك (ب) :

53- droit civil;
les obligations, Paris 1972.

TARDE (G) :

تارد (ج) :

54- les transformations du droit; étude sociologique, 2^e éd., 1894.

TOULLIER :

تولييه :

55- Le droit civil français suivant l'ordre du code ; 4^e éd., tome VII.

WEILL (A) et TERRE (Fr) :

فيل (أ) و تيري (ف) :

56- Les obligations ; 2^e édition, Dalloz, Paris 1975.

المقالات :
=====

أحمد سلامة محمد :

AHMED SALAMA MOHAMED :

57- La conception de l'engagement unilatéral en droit civil comparé,
Revue al- ulum al qanuniya wal - iqtisadia ; université de AIN CHAMS,
6^e année, N° 1, Janvier 1964.

ALAM EDDINE ABDALLAH :

علم الدين عبد الله :

58- la cause en droit français et en droit musulman,
Revue algérienne des sciences juridiques, politiques et économiques,
Alger, N° 1, 1965.

BENDEDDOUCHE (Ja) :

بن ددوش (ج) :

59- Déclaration de volonté et formation du contrat en Algérie,
Revue algérienne des sciences juridiques, politiques et économiques,
Alger, N° 1, Mars 1981.

BERREAND (R) :

بيرير (ر) :

60- l'exception d'indignité dans la jurisprudence récente,
JCP 1952.I.1029.

CHEHATA (C) :

شحاتة (ش) :

61- Le système des nullités en droit musulman hénafite et en droit
comparé,
Revue al- ulum al qanuniya wal- iqtisadia, université de AIN CHAMS,
5^e année, N° 1, Janvier 1963.

- BOUREL (P) : : بوريل (ب)
- 62- l'erreur dans la renonciation à une succession;
Revue trimestrielle de droit civil, 1961. 233.
- COHENDEY : : كوهندي
- 63- Des intérêts de la distinction entre l'insistance et la nullité
d'ordre public ;
Revue trimestrielle de droit civil, 1914. 33.
- COUTURIER (J-P) : : كوتيرييه (ج ب)
- 64- Contrats et conventions;
Notarial Répertoire de droit français, 1977
(FASCICULES 120- 130)
- DECOTTIGNIES : : ديكوتينييس
- 65- l'erreur de droit ;
Revue trimestrielle de droit civil 1951. 309.
- DE JUGLART (M) : : دو جيگلار (م)
- 66- l'obligation de renseignements dans les contrats;
Revue trimestrielle de droit civil, 1945.1.
- DURRY (G) : : ديسيري (ج)
- 67- Rapport sur l'insistance, la nullité et l'annulabilité des actes
juridiques en droit civil français;
Travaux de l'Association Henri Capitant ; 1961-1962, Dalloz, Paris;
1951.
- GHESTIN (J) : : غيستان (ج)
- 68- Encyclopédie DALLOZ ; Répertoire Civil, V°. ERREUR.
- JAMBU-MERLIN (R) : : جامبي - ميرلان (ر)
- 69- Essai sur la rétroactivité des actes juridiques;
Revue trimestrielle de droit civil 1948. 271.
- KAYSER (P) : : كايسير (ب)
- 70- les nullités d'ordre public;
Revue trimestrielle de droit civil, 1933.1115.
- LEYMARIE (Fr) : : لايماري (ف)
- 71- contrats et conventions;
Notarial Répertoire de droit français ,
(FASCICULES 125- 127) .
- LINANT DE BELLEFONDS (Y) : : لينان دوبيلفون (ي)
- 72- les actes juridiques valables et les actes nuls en droit musulman;
Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation et de
jurisprudence; N° 1, Alger 1959.

- MAZEAUD (H) : مازو (ه) :
- 73- la maxime " Error Communis Facit Jus ",
Revue trimestrielle de droit civil, 1924.270.
- PONSARD (A) et BLONDEL (B) : بونسار (أ) وبلونديل (ب) :
- 75- Encyclopédie DALLOZ, Répertoire de droit civil, N° NULLITE.
- RAYNAUD (P) : رينيو (پ) :
- 76- la renonciation à un droit ; sa nature et son domaine en droit civil.
Revue trimestrielle de droit civil, 1936.795.
- RENARD (Cl) et VIEUJEAN (M.E) : رونار (ك) وفيوجان (م.و) :
- 77- Rapport sur la nullité absolue, l'existence et l'annulabilité
en droit civil belge,
Travaux Association Henri Capitant, 1961-1962; Dalloz, Paris 1965.
- ROPERT (G) : روبر (ج) :
- 78- L'ordre économique et la liberté contractuelle,
Etudes GENY, 1934; tome 2 ; P. 352.
- ROUSSIER (J) : روسي (ج) :
- 79- L'annulation du mariage vicie en droit musulman, hanéfite et le
sort de la dot,
Revue algérienne, N° 1; Janvier- Février, 1956.
- SALEILLES (R) : سالي (ر) :
- 80- De la responsabilité précontractuelle,
Revue trimestrielle de droit civil, 1907.617.

C O D E S :

- 1 - code civil Algerien - Ordonnance N° 75 - 58 du 26 Septembre 1975 -
journal officiel - 14 ème année - N° 78 daté le:30 Septembre 1975 :
- 2 - code de la famille, - loi N° 84-11 du 9 juin 1984 - journal officiel
N° 24 du 12 juin 1984 :
- 3 - code civil français - Dalloz - Paris 1964 .

الصفحة	الموضوع
م	تقديم
1	مقدمة
1	التطور التاريخي لنظرية البطلان
1	البطلان في النظام القانوني الروماني
5	(أ) نظام البطلان في القانون المدني الروماني
7	(ب) نظام البطلان في القوانين البريغورية
8	(ج) البطلان في القانون المصري
9	(د) البطلان في قانون الامبراطورية السفلى
9	البطلان في القانون الكنسي
10	البطلان في القانون الفرنسي القديم
11	مذفي تقنين نابليون
13	* باب تمهيدى
14	الفصل الاول : التصرف القانوني في الفقه الوضعي
14	— تعريف الواقعة القانونية وتحديد انواعها
15	أولاً : الممل المادى ، صور
16	ثانياً : التصرف القانوني ، تعريفه
16	البحث الاول : أنواع التصرف القانوني
16	المطلب الاول : تقسيم التصرف من حيث تكوينه
	الفرع الاول : الجدل الفقهي حول مدى امكان اعتبار الارادة المنفردة
18	مصدرا منشأ للالتزام
18	أولاً : رأى المدرسة الالمانية
19	ثانياً : رأى المدرسة الفرنسية
23	ثالثاً : رأى الفقه المصري
24	— رأينا في مدى قدرة الارادة المنفردة على انشاء الالتزام
27	الفرع الثاني : موقف التشريعات من نظرية الالتزام بالارادة المنفردة
27	— المشرع الالمانى
27	— المشرع الايطالى
28	— المشرع المافرىسى
29	— المشرع الجزائى
29	المطلب الثاني : تقسيم التصرف من حيث الأثر
30	المطلب الثالث : تقسيم التصرف من حيث توأثر البذل
30	المطلب الرابع : تقسيم التصرف من حيث الوقت الذى تترتب فيه آثاره
	المطلب الخامس : تقسيم التصرف الى تصوف منشئ للحقوق وتصوف
31	كاشف لها

33	المبحث الثاني : شروط التصرف القانوني و الجزاء المترتب على تخلفها ..
33	المطلب الأول : أركان التصرف القانوني وشروط صحته ..
33	الفرع الأول : أركان التصرف القانوني ..
38	الفرع الثاني : شروط صحة التصرف القانوني ..
	المطلب الثاني : الجزاء المترتب على تخلف أركان التصرف القانوني أو شروط
42	صحته ..
47	الفصل الثاني : التصرف القانوني في الفقه الاسلامي ..
48	المبحث الأول : ماهية التصرف القانوني ومناقشته ..
50	المبحث الثاني : أقسام التصرف القانوني في الفقه الاسلامي ..
51	أولاً : أقسام التصرف من حيث ذاته ..
51	(1) التصرف القولي ..
54	(2) التصرف الفعلي ..
55	ثانياً : أقسام التصرف بالنظر الى الصيغة ..
55	(1) التصرف المنجز ..
55	(2) التصرف المطلق ..
56	(3) التصرف المضاف ..
56	ثالثاً : أقسام التصرف من حيث الدافع اليه ..
57	رابعاً : أقسام التصرف من حيث أثره ..
	المبحث الثالث : الاثر المترتب على عدم استجماع التصرف لركان ولشروط
58	صحته في الفقه الاسلامي ..
	الفصل الثالث : مقارنة أحكام التصرف القانوني في القانون الوضعي
60	وفي الفقه الاسلامي ..
63	القسم الأول : الجدل الفقهي حول نظرية بطلان التصرف القانوني ..
63	* الباب الأول : التأسيس الفقهي لنظرية بطلان التصرف القانوني ..
63	الفصل الأول : النظريات المعتمدة لدرجات البطلان ..
63	المبحث الأول : النظرية التقليدية في البطلان ..
64	المطلب الأول : أساس النظرية التقليدية وممطياتها ..
64	أولاً : أساس التفرقة بين درجات البطلان ..
65	ثانياً : مضمون كل درجة من درجات البطلان ..
65	(1) الانعدام ..
71	(2) البطلان المطلق ..
71	(3) البطلان النسبي ..
72	ثالثاً : مميزات التفرقة بين الدرجات الثلاث في مفهوم النظرية التقليدية ..

73	المطلب الثاني : الا انتقادات الموجهة الى النظرية التقليدية
74	أولاً : تصور النظرية التقليدية للبطلان كان تصوراً خاطئاً
75	ثانياً : تبرير انصار النظرية التقليدية للبطلان تبرير خاطئ
78	ثالثاً : التقسيم الثنائي للبطلان تقسيم جامد
79	رابعاً : المقياس المعتمد للتمييز بين نوعي البطلان معيار غير سليم
81	خامساً : معيار النظرية التقليدية معيار غير واضح
82	سادساً : خلو نظرية الانعدام من فائدة عملية
86	المبحث الثاني : النظريات الحديثة في البطلان
86	المطلب الأول : النظريات القائمة بتعدد درجات البطلان
87	الفرع الأول : نظرية دروجول
87	أولاً : تحليل مصطلحات نظرية دروجول
87	(1) البطلان ينصب على آثار التصرف دون التصرف نفسه
87	(2) نوع البطلان يتم تحديده على ضوء الهدف المتوخى والمصالح
89	محصل الاعتبار
91	ثانياً : تقسيم نظرية دروجول
92	الفرع الثاني : نظرية جابيو
92	أولاً : مصطلحات نظرية جابيو
92	(1) البطلان جزء يلحق آثار التصرف وليس وصفاً يلحق التصرف ..
93	(2) البطلان عبارة عن قدرة على النقد موجهة الى آثار التصرف ..
93	- النتيجة التي يربتها جابيو على تصوره الجديد للبطلان
95	(3) البطلان وطبيعة القاعدة القانونية ، والهدف من وضعها ..
96	(4) البطلان يجب ان يظل مع المجال الذي يتدخل فيه
96	(5) ضرورة اخضاع البطلان لتقسيمات محددة
97	ثانياً : تحديد التقسيمات التي قال بها جابيو في اطار البطلان
97	القسم الأول : حالات النقد المقررة لحماية المصلحة الخاصة
98	(أ) بطلان شخصي محض
98	(ب) بطلان لحماية شخص معين ، ولكنها ليست ذات طابع
98	شخصي محض
99	(ج) بطلان نسبي متعدد الحالات ، ولكل حالة سبب خاص بها ..
99	(د) بطلان مقرر لحماية مصلحة خاصة ، ولكن يجوز ان يتمسك بها
99	عدة أشخاص
99	(هـ) بطلان نسبي مسم
100	القسم الثاني : حالات النقد المقررة لحماية المصلحة العامة
101	(أ) البطلان لحماية المصلحة الاجتماعية
101	(ب) البطلان الطبيعي
101	(ج) البطلان لمصلحة خاصة عامة
102	(د) بطلان مطلق لوصيفة جزائية

103	ثالثا : تقييم نظرية جابيو
105	المطلب الثاني : نظرية وحدة البطلان
105	الفرع الاول : نقد التقسيم الثنائي ومناقشته
105	أولا : الانتقادات الموجهة الى التقسيم الثنائي
105	ثانيا : مناقشة هذه الانتقادات
110	الفرع الثاني : تحليل نظرية وحدة البطلان ومناقشتها
110	- المصدر الفقهي لنظرية الدكتور الشرقاوي
112	أولا : الدعائم التي تقوم عليها نظرية الدكتور جميل الشرقاوي
112	الدعامة الاولى : التصرف القانوني - باعتباره ارادة تتجه الى احداث اثر قانوني - لا المقصد هو موضوع البطلان
113	الدعامة الثانية : البطلان جزاء تخلف شروط ركني الارادة
116	الدعامة الثالثة : نبذ فكرة البطلان النسبي
118	ثانيا : مناقشة معطيات نظرية وحدة البطلان
118	- فيما يتعلق بالدعامة الاولى القائلة : الارادة موضوع البطلان لا المقصد - وفيما يتعلق بالدعامة الثانية التي تعتبر البطلان جزاء تخلف شروط ركني الارادة
119	- وفيما يتعلق بالدعامة الثالثة القائلة بنبذ فكرة البطلان النسبي
123	الفرع الثالث : موقف الفقه المصري المعاصر من نظرية وحدة البطلان
125	أولا : رأى الدكتور السنيهوري
126	ثانيا : رأى الدكتور محمد كامل مرسي
127	ثالثا : رأى الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي
128	رابعا : رأى الدكتور أنور سلطان
128	المطلب الثالث : البطلان من نوع خاص
130	الصورة الاولى : بيع ملك الغير
131	الصورة الثانية : بطلان الشركة
138	المطلب الرابع : معيار النظرية الحديثة هو ضابط الصلحة
140	أولا : المعيار الحديث يتجسم في فكرة الصلحة
141	ثانيا : النظام القانوني قائم على فكرة الصلحة
143	ثالثا : المقارنة بين الميارين التقليدي والحديث
143	الفصل الثاني : بطلان التصرف في الفقه الاسلامي
147	المبحث الاول : التصرفات الصحيحة
147	المطلب الاول : التصرفات الصحيحة النافذة
148	أولا : التصرفات الصحيحة النافذة اللازمة
148	ثانيا : التصرفات الصحيحة النافذة غير اللازمة
148	1) العقود الصحيحة غير اللازمة بطبيعتها :
149	أ) للمقود النافذة غير اللازمة بالنسبة الى الطرفين
149	ب) العقود النافذة غير اللازمة بالنسبة الى طرف واحد
150	

151	(2) المقود المتضمنة أحد الخيارات
153	المطلب الثاني : التصرفات الصحيحة غير النافذة (التصرفات الموقوفة) ...
157	المبحث الثاني : التصرفات غير الصحيحة
157	المطلب الأول : التصرفات غير الصحيحة في المذهب الحنفي
157	الفرع الأول : التصرفات الباطلة (أو الممعدة)
158	(1) ضرورة وجود صيغة
158	(2) المقصود بتوافر محل التصرف
159	الفرع الثاني : التصرفات الفاسدة
163	المطلب الثاني : التصرف غير الصحيح في غير المذهب الحنفي
166	الفصل الثالث : مقارنة بين فقه القانون الوضعي و الفقه الاسلامي بصدده درجات البطلان
171	الباب الثاني : موقف المشرع الجزائري من نظرية البطلان
171	أولا : موقف التشريعات المرعية من تقسيمات البطلان
171	(1) في القانون المصري والسوري والليبي
174	(2) في القانون المغربي
175	(3) في القانون اللبناني
176	ثانيا : الميار المعتمد في تحديد درجات البطلان في القانون الجزائري
179	الفصل الأول : البطلان المطلق
179	تعريفه
180	حالاته
180	المبحث الأول : إبرام تصرف من شخص لا أهلية له
185	المبحث الثاني : انعدام التراخي أو المحل أو السبب في التصرف القانوني ...
185	المطلب الأول : التراخي في القانون الوضعي وفي الفقه الاسلامي ...
186	الفرع الأول : التراخي في فقه القانون الوضعي
187	الفرع الثاني : التراخي في الفقه الاسلامي
188	الفرع الثالث : موقف الفقه والقضاء من حالة السكر
190	المطلب الثاني : المحل في فقه القانون الوضعي وفي الفقه الاسلامي ...
190	الفرع الأول : المحل في فقه القانون الوضعي
196	الفرع الثاني : المحل في نظر فقهاء الشريعة الاسلامية
196	الشرط الأول : أن يكون المحل قبل لحكم العقد شرعا
197	الشرط الثاني : أن يكون المحل موجودا وقت العقد أو على الأقل مضمون الوجود في المستقبل طبقا لمقتضيات طبيعته ...
197	المقد
200	الشرط الثالث : أن يكون طرفا العقد عالما بالمحل واقفا للجهالة
202	الشرط الرابع : أن يكون المحل مقسودا والتسليم وقت التعاقد

	الفرع الثالث : مقارنة دراسة المحل في كل من القانون الوضعي و الفقه
202	الاسلامي
204	المطلب الثالث : السبب
204	الفرع الاول : تطور فكرة السبب وبيان ماهيته
204	(1) التطور التاريخي لفكرة السبب
205	(2) ماهية سبب المقد و سبب الالتزام
205	(أ) ماهية سبب المقد
205	ب) ماهية سبب الالتزام
	ج) ما يستفاد من تحديد ماهية كل من سبب المقد و سبب
206	الالتزام
207	الفرع الثاني : نظرية السبب في فقه القانون الوضعي
207	أولا : النظرية التقليدية في السبب
208	شروط السبب في النظرية التقليدية
208	الشرط الاول : أن يكون السبب موجودا
209	الشرط الثاني : أن يكون السبب صحيحا
209	الشرط الثالث : أن يكون السبب مشروعاً
210	ثانياً : النظرية الحديثة في السبب
212	الفرع الثالث : نظرية السبب في الفقه الاسلامي
212	(1) ما مدى اعتماد الفقهاء المسلمين لفكرة السبب ؟
214	(2) ما مدى ضرورة علم المتماقد الآخر بالباعث غير المشروع ؟
214	الحالة الأولى : القصد غير المشروع ظاهر في المقد
214	(أ) القصد غير المشروع المنصوص عليه في المقد
215	ب) القصد غير المشروع المستفاد من طبيعة المحل
215	الحالة الثانية : القصد غير المشروع غير ظاهر في المقد
218	الفرع الرابع : تحديد السبب في القانون المدني الجزائري
221	المبحث الثالث : احتمال الشكل وعدم التسليم في العقود المبنية
221	المطلب الاول : احتمال الشكل
221	الفرع الاول : موقف القانون الوضعي والقضاء من احتمال الشكل
227	الفرع الثاني : موقف الفقه الاسلامي من الشكلية
227	أولا : الأصل العام
228	ثانياً : الاستثناء على الأصل العام
229	الفرع الثالث : موقف المشرع الجزائري : تحليل المادة 12 توثيق
230	- في المجال الفقهي
234	- في المجال القضائي

238	المطلب الثاني : عدم تسليم الشيء في العقود الميينية
238	الفرع الأول : المقعد المييني في فقه القانون الوضعي
240	الفرع الثاني : المقعد المييني في الفقه الاسلامي
241	المبحث الرابع : البطلان المقرر بمقتضى نص في القانون
244	الفصل الثاني : البطلان النسبي
244	تمهيد
245	حالات البطلان النسبي في القانون المدني الجزائري
246	المبحث الأول : تصرفات ناقصة اهلية
254	المبحث الثاني : حكم تصرفات معيبة الارادة
254	المطلب الأول : الغلط
254	الفرع الأول : الغلط في فقه القانون الوضعي
255	- بيان انواع الغلط المعتمدة
255	النوع الأول : الغلط المدمر للرضا
255	النوع الثاني : الغلط المؤثر في الرضا
255	النوع الثالث : الغلط غير المؤثر في الرضا
257	ما موقف المشرع الجزائري من نظرية الغلط؟
258	تحليل التساؤلات التي تثيرها نظرية الغلط في مجال التطبيق
263	الفرع الثاني : الغلط في الفقه الاسلامي
263	طبيعة الغلط الممتد به
264	انواع الغلط في الفقه الاسلامي
264	(1) الغلط في العقود عليه
264	الصورة الأولى : فوات الجنس في العقود عليه
264	الصورة الثانية : الغلط في وصف مرغوب في العقود عليه
265	عليه
265	(2) الغلط في شخص المتعاقد
266	(3) الغلط في الحكم الشرعي
267	الفرع الثالث : مقارنة الغلط في فقه القانون الوضعي والفقه الاسلامي
268	المطلب الثاني : التدليس
268	الفرع الأول : التدليس في فقه القانون الوضعي
268	1- تعريفه
268	2- عناصر التدليس
269	هل كل تدليس يصلح لان يكون مبررا للبطلان؟
271	(3) حكم التدليس الصادر من الغير
271	(4) الجزاء المترتب على توافر التدليس
272	(5) حكم التدليس الصادر عن ناقص اهلية

الفرع الثاني : حكم التدليس في الفقه الاسلامي 273

(1) تعريف التدليس في الفقه الاسلامي 273

(2) نوعا التدليس (أو التفسير في المذهب الحنفي) ... 274

(3) حكم التدليس 275

(4) التدليس الصادر من احد المتعاقدين 275

(ب) حكم التدليس الصادر من الغير 276

الفرع الثالث : مقارنة التدليس في كل من فقه القانون الوضعي و الفقه

الاسلامي 277

المطلب الثالث : الاكراه 278

الفرع الاول : الاكراه في فقه القانون الوضعي 278

(1) لجوء احد الطرفين الى استعمال وسيلة مبن

وسائل الاكراه 278

(2) أن يكون الخطر محدقا 279

(3) أن يكون الاكراه غير مشروع 280

(4) هل يكون الاكراه الصادر من الغير سببا لابطال العقد 281

الفرع الثاني : الاكراه في الفقه الاسلامي 281

(1) تعريف الاكراه في الفقه الاسلامي 281

(2) أنواع الاكراه و أثر كل منهما 283

(3) هل يشترط أن يقتصر الاذى على شخص المتعاقد فقط؟ 284

(4) هل للاكراه الصادر من الغير مجال في الشريعة

الاسلامية؟ 285

(5) حكم العقود المبرمة تحت الاكراه 285

الفرع الثالث : مقارنة الاكراه في كل من فقه القانون الوضعي و الفقه

الاسلامي 285

المطلب الرابع : الاستغلال 287

الفرع الاول : الاستغلال في القانون الوضعي 287

(1) متى يتحقق الاستغلال؟ 287

(2) عناصر الاستغلال 288

(3) الفرق بين الاستغلال و الغبن 290

الفرع الثاني : هل للاستغلال مكانة لدى فقهاء الشريعة الاسلامية؟ 291

(1) ماهية الغبن شرعا 291

(2) أقسامه 291

(3) أثره في العقود 292

(4) حكم الغبن اليسير 292

(ب) حكم الغبن الفاحش 292

(4) متى يتوافر الغبن مع التفسير؟ 294

295	الفرع الثالث: مقارنة بين أحكام فقه القانون الوضعي و الفقه الاسلامي في مجال الفبن الاستفلالي
297	المبحث الثالث : الا بطلان بنص خاص في القانون
300	القسم الثاني :
301	* الباب الاول : تمييز البطلان عما يشابهه من الا نظمة المقابلة له
301	الفصل الاول : البطلان وعدم النفاذ
301	المبحث الاول : ماهية عدم النفاذ
306	المبحث الثاني : تحديد أوجه الاختلاف بين البطلان وعدم النفاذ
308	الفصل الثاني : البطلان والا تحلل
308	المبحث الاول : انتهاء التصرف بإرادة أحد الطرفين
312	المبحث الثاني : انتهاء التصرف بإرادة طرفيته (التقليل)
314	المبحث الثالث : اختلاف البطلان عن الانهاء وعن التقليل
314	<u>أولاً</u> : اختلاف البطلان عن انتهاء التصرف بإرادة المنفردة
315	ثانياً : اختلاف البطلان عن التقليل
316	الفصل الثالث : البطلان والفسخ والا نفاذ
316	المبحث الاول : الفسخ
317	المطلب الاول : الفسخ القضائي
323	المطلب الثاني : الفسخ الاتفاقي
324	المبحث الثاني : الانفساخ أو الفسخ بحكم القانون
327	المبحث الثالث : اختلاف البطلان عن الفسخ والا نفاذ
329	الفصل الرابع : البطلان وانظمة قانونية أخرى
329	المبحث الاول : ماهية الشرط الفاسخ
331	المبحث الثاني : اختلاف البطلان عن الشرط الفاسخ
332	المبحث الثالث : الاجل الفاسخ والبطلان
	الفصل الخامس : الفسخ والا نفاذ في الفقه الاسلامي ومقارنتهما
334	بأحكام القانون الوضعي
334	أولاً : الفسخ والا نفاذ في الفقه الاسلامي
334	(1) الفسخ في الفقه الاسلامي
334	(أ) الأصل العام : استبعاد فكرة الفسخ
335	(ب) الاستثناء : جواز الفسخ
336	(2) هل للانفساخ مكانة في الفقه الاسلامي ؟
	ثانياً : المقارنة بين القانون الوضعي والفقه الاسلامي بصدد الفسخ
337	والا نفاذ

- 338.....الباب الثاني : آثار البطلان
- 338.....الفصل الاول : آثار البطلان في القانون الوضعي
- 339.....المبحث الاول : آثار البطلان فيما بين أطراف التصرف
- 339.....المطلب الاول : الآثار الأصلية للبطلان
- 339.....أولا : الآثار الرجعي للبطلان
- 341.....ثانيا : الاسترداد كأثر للبطلان
- 341.....(1) المبدأ العام
- 342.....- تحديد طريقة الاسترداد بنص قانوني وقيمه
- 342.....حالة تعذر الاسترداد
- 342.....(2) استرداد الثمار
- 343.....(ب) المنشآت والفراس
- 345.....(ج) حكم المصاريف
- 348.....(2) القيدان الواردان على المبدأ العام
- 348.....- القيد الأول : المتعلق بنقص الأهلية
- 350.....- القيد الثاني : مخالفة الالتزام لأداب
- 350.....(2) مضمون هذا القيد
- 350.....(ب) مصدر هذا القيد ومدى اعتماده من طرف القضاء
- 351.....والتشريع المقارن
- 353.....(ج) أساس تطبيق قاعدة " لا يجوز للآثم أن يستفيد من اثمه "
- 353.....(د) نطاق تطبيق قاعدة " لا يجوز للآثم أن يستفيد من اثمه "
- 354.....المطلب الثاني : الآثار المرضية للتصرف الباطل
- 355.....أولا : المسؤولية المترتبة على بطلان التصرف
- 356.....(2) أساس المسؤولية المترتبة على الحكم ببطلان التصرف
- 356.....(1) تحليل مضمون نظرية أهرنج في أساس المسؤولية
- 356.....المترتبة على بطلان التصرف
- 358.....(2) موقف الفقه والقضاء والتشريع المقارن من نظرية أهرنج
- 358.....- موقف الفقه من نظرية أهرنج
- 359.....- رأي القضاء في نظرية أهرنج
- 360.....- موقف التشريعات من نظرية أهرنج
- 363.....(ب) آثار المسؤولية المترتبة على الحكم بالبطلان
- 364.....ثانيا : حكم الزواج الظني
- 365.....(1) حكم العلاقات القائمة بين الزوجين
- 366.....(2) حكم الزواج الظني بالنسبة الى الأولاد

- 367 ثالثاً : البطلان الجزئي
- 367 (أ) أحكام البطلان الجزئي في النظام القانوني الفرنسي
- 367 - المصدر التشريعي لفكرة البطلان الجزئي في فرنسا .
- 368 - موقف القضاء الفرنسي من نظرية البطلان الجزئي .
- 371 (ب) أحكام البطلان الجزئي في النظام القانوني الجزائري .
- 372 (1) نظرية انقاص التصرف
- 372 (أ) أمثلة لنظرية الانقاص
- 372 (ب) شروط تطبيق نظرية الانقاص
- 373 (2) مسطرة تحول التصرف
- 373 (أ) مضمون هذه النظرية
- 374 (ب) أمثلة عملية لهذه النظرية
- (ج) شروط تحول التصرف الباطل أو القابل للإبطال
- 375 إلى تصرف آخر صحيح
- 376 البحث الثاني : آثار البطلان في مواجهة الغير
- 376 أولاً : البطلان المأم
- 377 ثانياً : الاستثناءات الواردة على البطلان المأم
- 378 (1) القيد الذي يمس على واجب الضمان
- 379 (2) القيود المؤسسية على اعتبار ضمان استقرار المعاملات
- 383 الفصل الثاني : آثار البطلان في الفقه الإسلامي
- 383 البحث الأول : حكم التصرف الباطل
- 384 المطلب الأول : الآثار الأصلية المترتبة على العقد الباطل
- 384 أولاً : العقد الباطل لا ينتج أثراً
- 385 ثانياً : الزام كل من الطرفين بالاسترداد
- 386 ثالثاً : العقد الباطل لا ترد عليه إلا جازة
- 386 المطلب الثاني : الآثار المرضية المترتبة على العقد الباطل
- 387 أولاً : انتقال الضمان إلى المشتري
- 388 ثانياً : عقد الزواج
- 389 ثالثاً : انقاص العقد في حالة البطلان
- 391 البحث الثاني : حكم التصرف الفاسد
- 391 تمهيد
- 392 أولاً : حكم العقد الفاسد قبل القبض
- 393 ثانياً : حكم العقد الفاسد بعد القبض
- 394 ثالثاً : مقارنة بين العقد الباطل والعقد الفاسد في الفقه الإسلامي
- 397 البحث الثالث : حكم التصرف الموقوف
- 398 حكم العقد الموقوف بنقص الأهلية
- 400 حكم العقد الموقوف لمتعلق حقيق الغير بالملك
- 401 حكم التصرف الموقوف قبل الإجازة
- 402 حكم التصرف الموقوف بعد الإجازة
- 403 هل هناك تقادم يرد على إجازة العقد الموقوف؟
- 404

406	الفصل الثالث : مقارنة آثار البطلان في القانون الوضعي و في الفقه الاسلامي .
411	* الباب الثالث : مدى ضرورة تدخل القضاء في تقرير البطلان
411	الفصل الاول : مدى ضرورة تدخل السلطة القضائية لتقرير البطلان
411	المبحث الاول : البطلان الاتفاقي
412	المبحث الثاني : تقرير البطلان بحكم قضائي
415	الفصل الثاني : تحديد طبيعة الحكم بالبطلان وبيان من يتمسك به
415	المبحث الاول : الاحكام المنشئة والسكاشفة وتحديد طبيعتها
415	(1) التقسيم الاساسي للاحكام
415	(2) تحديد طبيعة الاحكام الصادرة بالبطلان
416	(٤) متى يكون الحكم الصادر بالبطلان منشئا ؟
416	(٥) متى يكون الحكم الصادر بالبطلان مفسرا ؟
417	المبحث الثاني : الاشخاص الذين يحق لهم التمسك بالبطلان
417	أولا : تحديد الاشخاص الذين يحق لهم التمسك بالبطلان المطلق
417	(٢) رأى الفقه
419	(٣) موقف المشرع الجزائري من هذا التقسيم
421	ثانيا : تحديد الاشخاص الذين يحق لهم التمسك بالبطلان النسبي ..
423	* الباب الرابع : الحيولة دون تطبيق قواعد البطلان
423	الفصل الاول : الاجازة
423	المبحث الاول : الاجازة في فقه القانون الوضعي
423	المطلب الاول : تعريف الاجازة وبيان شروطها
423	الفرع الاول : تعريف الاجازة
425	الفرع الثاني : شروط الاجازة
426	أولا : الشروط الموضوعية
427	ثانيا : هل هناك شروط شكلية تتطلبها صحة الاجازة ؟
430	المطلب الثاني : تحديد الطبيعة القانونية للاجازة وتمييزها عن بعض الأنظمة القانونية الاخرى
430	الفرع الاول : تحديد الطبيعة القانونية للاجازة
433	الفرع الثاني : تمييز الاجازة عن غيرها من الأنظمة القانونية الاخرى
433	(1) الاجازة والتنازل
434	(2) الاجازة وعمل التصرف من جديد
435	(3) الاجازة وتصحيح التصرف
436	(4) الاجازة والترخيص للقاصر بإجراء التصرف
436	(5) الاجازة والاقرار
437	المطلب الثالث : نطاق الاجازة وآثارها
437	الفرع الاول : نطاق الاجازة (أو بيان التصرفات القابلة للاجازة)
438	أولا : الاجازة والتصرفات القابلة لابطال
439	ثانيا : هل يمكن أن ترد الاجازة على التصرفات الباطلة بطلانا مطلقا (أو المنعومة) ؟

443	الفرع الثاني : آثار الاجازة
443	أولا : أثر الاجازة فيما بين أطراف التصرف
444	ثانيا : أثر الاجازة بالنسبة الى الغير
451	المبحث الثاني : الاجازة في الفقه الاسلامي
451	المطلب الاول : تعريف الاجازة وشروط صحتها
451	الفرع الاول : تعريف الاجازة وتحديد مجالها
452	الفرع الثاني : شروط صحة الاجازة
454	المطلب الثاني : التعبير عن الاجازة وحكمها
454	الفرع الاول : وسيلة التعبير عن الاجازة في الفقه الاسلامي
457	الفرع الثاني : حكم الاجازة في الفقه الاسلامي
460	المبحث الثالث : مقارنة بين أحكام الاجازة في القانون الوضعي وفي الفقه الاسلامي
463	الفصل الثاني : تصحيح التصرف المشوب بعيب البطلان
463	تمهيد : التعرف بتصحيح التصرف وتمييزه عن بعض الأنظمة المشابهة
464	المبحث الاول : الصور المختلفة لتصحيح التصرف المشوب بالبطلان
466	المبحث الثاني : تحديد نطاق التصحيح في بعض الفروض
466	أولا : تصحيح التصرف وسألة تعديل التشريع
469	ثانيا : البطلان المقرر بصفة مؤقتة
471	المبحث الثالث : اجراءات دعوى تصحيح التصرف وآثار الحكم به
472	المطلب الاول : اجراء دعوى تصحيح التصرف
472	(1) تحديد الاشخاص الذين يحق لهم التمسك بدعوى التصحيح
473	(2) تحديد الطرف الذي ترفع فيه دعوى التصحيح
473	(3) سلطة القاضي في منح اطراف التصرف أجلا كافيًا لاجراء عملية التصحيح
474	المطلب الثاني : آثار الحكم الصادر بتصحيح التصرف المعيب
476	الفصل الثالث : تقادم دعوى البطلان
476	المبحث الاول : تقادم دعوى البطلان في التشريع الوضعي
477	المطلب الاول : التقادم ودعوى البطلان
477	أولا : تقادم دعوى البطلان المطلق (أو الاعدام)
479	ثانيا : تقادم دعوى البطلان النسبي
480	(1) ما سبب لجوء المشرع الى تقصير مدة تقادم دعوى الابطال ؟
481	(2) كيف يتم حساب مدة التقادم بصدد كل حالة من حالات البطلان النسبي المختلفة ؟
484	المطلب الثاني : التقادم والدفع بالبطلان
484	أولا : التقادم والدفع بالبطلان المطلق
486	ثانيا : التقادم والدفع بالبطلان النسبي

487	البحث الثاني : التقادم في الفقه الاسلامي (أو عدم سماع الدعوى)
487	- الجدول الفقهي حول فكرة التقادم
489	- مدة تقادم سماع الدعوى
490	- مدى اعمال فكرة التقادم في امارات التصرفات غير الصحيحة
492	خاتمة الرسالة :
506	المراجع الممتد عليها في اعداد هذه الرسالة :
506	أولا : باللغة العربية :
506	م (تفاسير القرآن الكريم و الأحاديث النبوية :
506	ب (مراجع عامة في الفقه الاسلامي :
508	ج (الرسائل
509	د (مراجع عامة في فقه القانون الوضعي
512	هـ (بحوث ومقالات
513	و (موسوعات ومجموعة أعمال تحضيرية
513	ز (نصوص قانونية
515	ثانيا : مراجع باللغة الفرنسية
515	م (رسائل و بحوث الدبلوم و الماجستير
515	1 (رسائل دكتوراه
517	2 (بحوث الدبلوم و الماجستير
518	ب (المؤلفات العامة
520	ج (نصوص قانونية
521	فهرس بموضوعات الرسالة

